Die Umwandlung eines depositum in ein mutuum oder in ein depositum irregulare.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE.

DER HOHEN

JURISTEN-FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

PAUL MÜNSTER.

ACAD. LEGO.BAT. BIBL.

BERLIN 1907.

DRUCK VON BERNHARD PAUL, WILHELMSTRASSE 22a.

Referent: **Professor Dr. Bernhöft.**

Meiner lieben Frau!

Literatur.

Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl., 1894.

Bernhöft, Das Bürgerliche Recht in Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1904, 2. Aufl.

Best, Darlehn und depositum irregulare. Diss. Erlangen, 1896.

Brandau, Der unregelmässige Verwahrungsvertrag. Diss. Erlangen, 1899.

Bruckner, Rezension von Niemeyers Depositum irregulare. Kritische Vierteljahrsschr. Bd. 34 (1892).

Brinz, Pandekten, 2. Aufl., 1882/92.

v. Buchka, Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts, 2. Aufl., Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900, 3. Aufl.

Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, 1894.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.

Cujacius, Paratitla in libros quinquaginta Digestorum, Lugdunum, 1580.

Cujacius, Opera omnia in decem tomos distributa. Lutet., 1658.

Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, 1—3. Heft, Rostock, 1858.

Dedekind, Commentatio juridica de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in alium contractum degenerat, Leipzig, 1753.

Dernburg, Pandekten 1902/03, 7. Aufl.

Dernburg, Bürgerliches Recht, 1906, 3. Aufl.

Dernburg, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl., 1897.

Donner, Das depositum irregulare, Greifswald, Diss. 1902.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB., Bd. 1, Abteilung 2, 1903.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., 3.—5. Aufl. 1900.
Endemann, Bürgerliches Recht, 8. u. 9. Aufl., 1905.
Engelmann, Bürgerliches Recht, 1906, 4. Aufl.
Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin, 1889.
Exner. Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, 1867.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 1906, 7. Aufl.
Fränkel, Das Darlehn und die irreguläre Hinterlegung, Diss. Erlangen 1899.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 1807, Bd. 8 und Bd. 15, 1813.
Gneist, Formelle Verträge des Römischen Obligationenrechts, 1845.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1904.
Haidlen, Das Bürgerliche Gesetzbuch 1897.
Heimbach, Die Lehre vom Creditum, 1849.
Hruza, Zur Lehre von der Novation, 1881.
Jesnitzer (Zoller), An detur depositum irregulare? Diss. Leipzig 1775.
v. Jhering, Geist des römischen Rechts, 1888.
v. Keller, Pandekten, 2. Aufl., 1866/67.
Klemperer, Zu § 607, Abs. 2 BGB. Gruchots Beiträge, Bd. 43, 13. Abh., 1899.
Kohler, Das Konsensualdarlehn, Archiv für Bürgerl. Recht, 1889, 2. Bd.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1906.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 1899.
Kuhlenbeck, Das BGB., 1899.
Landsberg, Das Recht des BGB., 1904.
Leonhard, Die Aufrechnung, 1896.
Leske, BGB. und Preußisches Allgemeines Landrecht, 1900.
Löwenstein, Depositum irregulare und Darlehn. Erlangener Diss. 1896.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1900, 3. Aufl.
Mühlhäuser, Über Umfang und Geltung des depositum irregulare, 1879.
Müller & Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., München 1904.
Neumann, Handausgabe des BGB., 1903, 3. Aufl.
Neustetel, Römisch-Rechtliche Untersuchungen, 1821, I. Bd.

Niemeyer, Depositum irregulare, 1889.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906, 2. Aufl.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1906, 3. Aufl.
Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 25, 1880.
Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893.
Reinhold, Die Natur der sogen. Realcontracte, 1888.
Salkowski, Institutionen, 1898, 7. Aufl.
Salkowski, Zur Lehre von der Novation, 1866.
v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., 1865.
Schaffrath, Prakt. Abhandlungen aus dem heutigen römisch. Privatrechte, No. XIV, Ueber d. depositum irregulare, 1841.
Schey, Das Darlehn, 1890, Heft I von „Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechts".
Schirmer, Über den Verlust des Besitzes deponierter und vom Depositar veruntreuter Sachen, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, 1854, Bd. 11 der neuen Folge.
Schmid, Über das Depositum irregulare im Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 30, Erstes Heft No. III, 1847.
Schmitz, Natur und Wirkung der Vereinbarung, daß geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden solle. Diss. Rostock, 1902.
Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen, 1871.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Schlossmann, Der Vertrag, 1876.
Schulin, Lehrbuch d. Geschichte d. römischen Rechts, 1889.
Sintenis, Über stillschweigende Novation, Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß, 1836, Bd. 9.
Sell, Über bedingte Traditionen, 1839.
Thibaut, Über Besitz und Verjährung, 1802.
Unger, Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 3, No. 7, 1860.
Unger, Kauf auf Probe, in Jherings Jahrb., Bd. 25, No. 6, 1887.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 1876.
v. Wächter, Pandekten, 1880.
Wendt, Pandekten, 1888.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl., 1906.
Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, amtl. Ausgabe, 1888.
Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung des Entwurfs des BGB., bearb. von Achilles, Gebhard, Spahn, 1898.
Corpus Juris Civilis Romani cum notis integris Dionysii Gothofredi, Ausg. d. Simon van Leeuwen, Leipzig b. Gleditsch, 1720.
Corpus Juris Civilis Romani cum notis Accursii, Lugd. 1600.

Text und Übersetzung der für das Thema besonders in Betracht kommenden Quellenstellen.

L. 9 § 9 D. de rebus creditis 12/1.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus etiam antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse aiunt. Et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit et poterit ei condici.

Ich habe Dir zehn in Verwahrung gegeben und nachher Dir erlaubt, sie zu gebrauchen. Nerva und Proculus sagen, daß ich sie, auch bevor sie angerührt werden, als Darlehn Dir kondizieren könne. Dies ist auch wahr, wie es auch dem Marcellus scheint: Jener hat nämlich durch seinen Willen angefangen zu besitzen: Daher geht die Gefahr auf denjenigen über, welcher das Darlehn erbeten hat, und es wird ihm kondiziert werden können.

L. 10 D. de rebus creditis 12/1.

Quodsi ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse antequam mota sit: quoniam debitum iri non est certum.

Wenn ich demnach von vornherein bei der Hingabe zur Verwahrung Dir erlaubt habe, das Geld, wenn Du willst, zu gebrauchen, so ist dasselbe nicht kreditiert, bevor es angerührt ist: da es ja nicht sicher ist, ob geschuldet werden wird.

Quellenregister.

A. Corpus Juris Civilis.

I. Institutionen.

	Seite		Seite
§ 2 de usufructu 2/4 . .	66	§2 Quib. mod. re contr. o. 3/15	32
Quib. mod. re contr. o. 3/15	33	§ 4 de emt. et vend. 3/24	51
pr. Quib. mod. re contr. o. 3/15	33		

II. Pandekten.

	Seite		Seite
l. 9 § 1 de Publ. in rem a. 6/2	41, 58	l. 1 § 35 Depositi 16/3 .	63
l. 5 § 1 de usufr. 7/5 . . .	66	l. 1 § 39 „ 16/3 .	30
l. 1 de reb cred. 12/1 . . .	44	l. 7 § 2 „ 16/3 .	16
l. 2 § 2 de reb. cred. 12/1 .	34	l. 12 pr. § 1 „ 16/3 .	29
l. 2 § 3 „ „ „ 12/1 .	44	l. 17 § 1 „ 16/3 .	30
l. 8 „ „ „ 12/1	49, 55, 56	l. 24, 25 § 1 „ 16/3	63, 64
l. 9 pr. „ „ „ 12/1 .	27	l. 26 § 1, l. 29 § 1 16/3 .	63
l. 9 § 9 „ „ „ 12/1	23—42	l. 31 § 1 „ 16/3 .	30
l. 10 „ „ „ 12/1	43—66	l. 34 pr. mandati 17/1	33, 34
l. 11 „ „ „ 12/1 .	47	l. 7 pr. de contr. emt. 18/1 .	50
l. 15 „ „ „ 12/1	34, 72	l. 8 de per. et comm. rei 18/6	49
l. 18 § 1 „ „ „ 12/1 .	26	l. 31 loc. cond. 19/2 .	63
l. 5 § 2 Commodati 13/6 .	29	l. 9 § 1 qui pot. in pign. 20/4	49
l. 6 de comp. 16/2 .	70	l. 11 § 1 qui pot. in pign. 20/4	49
l. 1 pr. Depositi 16/3 .	28	l. 9 § 1 de j. dot. 23/3 .	55
l. 1 § 8 „ 16/3 .	28	l. 2 § 5 de donat. 39/5 .	55
l. 1 § 10 „ 16/3 .	29	l. 10 „ „ 39/5 .	55
l. 1 § 12 „ 16/3 .	28	l. 9 § 3, § 5 de adqu. r. d. 41/1	42
l. 1 § 22 „ 16/3 .	29	l. 21 § 1 „ „ „ „ 41/1	42
l. 1 § 24 „ 16/3 .	29	l. 36, 37 § 1 „ „ „ „ 41/1	55
l. 1 § 34 „ 16/3	16, 63	l. 1 § 21 de adqu. v. a. poss. 41/2	36

	Seite
l. 3 § 1 de adqu. v. a. poss.	41/2 36
l. 3 § 3 „ „ „ „ „	41/2 37
l. 3 § 18 „ „ „ „ „	41/2 39
l. 3 § 19 „ „ „ „ „	41/2 38
l. 3 § 20 „ „ „ „ „	41/2 38
l. 8 „ „ „ „ „	41/2 36
l. 18 pr. „ „ „ „ „	41/2 31
l. 19 § 1 „ „ „ „ „	41/2 38
l. 34 „ „ „ „ „	41/2 53
l. 38 § 1 „ „ „ „ „	41/2 53,55
l. 47 „ „ „ „ „	41/2 39
l. 2 § 1 pro herede	41/5 38
l. 24 § 2 de reb. auct. jud. poss.	42/5 16
l. 12, l. 18 de vi	43/16 38
l. 1 § 1 de obl. et act.	44/7 33
l. 1 § 2 de obl. et act.	44/7 33
l. 1 § 5 „ „ „ „	44/7 29,63
l. 3 pr. „ „ „ „	44/7 42,50
l. 8 „ „ „ „	44/7 50
l. 55 „ „ „ „	44/7 54
l. 17 de verb. obl.	45/1 50
l. 33 „ „ „	45/1 29
l. 41 § 1 „ „	45/1 29
l. 46 § 3 „ „	45/1 50
l. 108 § 1 „ „	45/1 50
l. 1 pr. de novationibus	46/2 67,68
l. 16 de solut. et lib.	46/3 49
l. 80 „ „ „ „	46/3 71
l. 68 pr. de furtis	47/2 39
l. 2 § 23 vi bon. rapt.	47/8 26,78
l. 11, l. 12 pr. de verb. sign.	50/16 44

III. Codex.

	Seite
l. 20 de pactis	2/3 . . 41
l. 11 Depositi	4/34 . 29, 80

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

	Seite
§ 125	84
§ 133	84
§ 151	83—84, 90, 94, 101
§ 164	83
§ 181	89
§ 241	92
§ 269	83
§ 273[3]	80
§ 275	80
§ 277	78
§§ 320 ff.	79
§ 362	102
§ 364	103
§ 387	104
§ 414	103
§ 495	94
§ 535	87
§ 598	87
§ 607	87
§ 607[1]	88
§ 607[2]	82, 84, 102
§ 609	99
§ 610	88, 89
§ 612	83
§ 632	83
§ 652	87
§ 662	89
§ 688	77,78,79,80—81,87,92,93
§ 689	77, 79
§ 690	78
§ 691	79
§ 695	79, 99, 102
§ 697	80, 99
§ 700	79, 96 ff., 98, 99 ff.

	Seite		Seite
§ 779	103	§ 868	80, 82, 90, 101
§ 782	103	§ 872	91
§§ 783 ff.	104	§ 929 [2]	90, 91, 94, 101,
§ 855	81	§ 956 [1]	101

C. Sonstiges.

Seite

I. Allgemeines Landrecht, Preuß. I, 14 §§ 9 ff. . . . 78

II. Ältere Juristen:

a) Gajus II § 60 30

III § 89 33

III § 124 62

IV § 153 30

b) Accursius, Note zu l. 1 § 35 D. 16/3 63

c) Cujacius, ad l. 1 D. 41/3 41

d) Gothofredus,

Note 30 zu l. 2 § 3 D. 12/1 45

Note 7 zu l. 9 § 9 D. 12/1 26

Note zu l. 20 C. 2/3 . . . . . 41, 57

III. Judikatur:

E.RG. Ziv. Bd. 1 No. 75 S. 207 95

„ „ Bd. 2 No. 44 S. 168 ff. 30

„ „ Bd. 12 No. 20 S. 89 ff. 29

„ „ Bd. 12 S. 85 64

„ „ Bd. 48 S. 135 90

„ „ Bd. 50 S. 82 90

„ „ Bd. 52 S. 114 90

„ v. 17. 12. 1891, Gruchot's Beiträge, Bd. 36, S. 685 ff. 103

„ v. 11. 5. 1903, Jur. Wochenschrift, Beil. S. 96 103

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: § 1 . . . . . 15—19

A. Interpretation der l. 9 § 9 und der l. 10 D. 12/1.

I. Interpretation der l. 9 § 9 D. 11/1

Allgemeines: § 2 . . . . . 23—28

Excurs: Deponent und Depositar in obligatorischer Beziehung: § 3 . . . . . 28—29

Excurs: Deponent und Depositar in sachenrechtlicher Beziehung: § 4 . . . . . 29—31

Die Darlehnsofferte des Depositars und die vom Deponenten erteilte Gebrauchserlaubnis

a) in obligatorischer Hinsicht: § 5 . . 32—35

b) in sachenrechtlicher Hinsicht: § 6 . 35—42

II. Interpretation der l. 10 D. 12/1.

Die vom Deponenten als Offerenten der Umwandlung erteilte Gebrauchserlaubnis: § 7 43—59

Die Umwandlung in ein mutuum: § 8 . . 59—62

Excurs: Das depositum irregulare: § 9 . . 62—65

Die Umwandlung in ein depositum irregulare: § 10 . . . . . 65—66

Verhältnis der früheren zur neu begründeten Obligation: § 11 . . . . . 67—73

B. Beurteilung des Tatbestandes nach dem BGB.

I. Der Tatbestand der l. 9 § 9 D. 12/1.

Hinterleger und Verwahrer in obligatorischer Beziehung: § 12 . . . . . 77—80

Hinterleger und Verwahrer in sachenrechtlicher Beziehung: § 13 . . . . . 80—82

Seite

Der Darlehnsantrag des Verwahrers und die vom Hinterleger erteilte Gebrauchserlaubnis
a) in obligatorischer Hinsicht: § 14 . . 82—89
b) in sachenrechtlicher Hinsicht: § 15 . 89—91

II. Der Tatbestand der l. 10 D. 12/1.

Die vom Hinterleger als Antragendem erteilte Gebrauchserlaubnis: § 16 . . . . 91—94
Die Umwandlung in ein Darlehn: § 17 . . 94—96
Der Summenverwahrungsvertrag: § 18 . . 96—100
Die Umwandlung in einen Summenverwahrungsvertrag: § 19 . . . . . 100—102
Verhältnis des früheren zum neu begründeten Schuldverhältnisse: § 20 . . . . . 102—106

Einleitung.

§ 1.

Aufgabe dieser Einleitung soll es sein, lediglich den Umfang und die Aufgaben der vorliegenden Arbeit in allgemeinen Zügen festzustellen, während die Details erst auf Grund der späteren Paragraphen gewonnen werden sollen, welche der eingehenden Interpretation der beiden für das Thema besonders in Betracht kommenden und vorstehend in Text und Übersetzung wiedergegebenen Quellenstellen gewidmet sind.

Demgemäß ist zunächst hervorzuheben, daß die beiden Fragmente in dem Streite für und wider das Depositum irregulare eine wichtige Rolle gespielt haben[1]).

So ist die l. 9 § 9 von den Gegnern dieses Rechtsinstitutes als ein wichtiges Beweismoment dafür angeführt worden, daß, wenn dem Depositar der Gebrauch des deponierten Geldes gestattet ist, das Geschäft immer ein mutuum und kein depositum mehr sei[2]). Auf Grund der l. 9 § 9 und der l. 10 D. 12,1 wollte man unter Hinzuziehung von noch drei Aussprüchen Ulpians, nämlich

---

[1]) Mühlhäuser, Über Umfang und Geltung des depositum irregulare §§ 12 u. 13, S. 30ff.; Glück, Pandekten Bd. 15 S. 155ff. Niemeyer, Depositum irregulare § 2, S. 26; § 3, S. 39; § 5, S. 47, 50. Löwenstein, Depositum irregulare und Darlehn, S. 50ff.; Bruckner, Kritische Vierteljahrsschr. Bd. 34, S. 56ff.; Best, Darlehn und depositum irregulare, S. 56ff.

[2]) Dedekind. Comm. jurid. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt § 25; Jesnitzer (Zoller), An detur depositum irregulare? § VIII; Schaffrath, Prakt. Abhandlungen, S. 97ff. Richtiger Ansicht sind Mühlhäuser a. a. O. S. 30ff.; Niemeyer, a. a. O, S. 54; Best, a. a. O. S. 58; dagegen Löwenstein a. a. O. S. 50.

der l. 1 § 34 D. depositi vel contra, l. 7 § 2 D. 16,3 und l. 24 § 2 D. 42,5 einen Widerspruch feststellen zwischen Alfenus, Papinian, Paulus und Scaevola auf der einen und Ulpian auf der anderen Seite[3]). Durch diese Erschütterung der Quelleneinheitlichkeit sollte die Existenzberechtigung des depositum irregulare überhaupt verneint werden.

Die beiden Stellen sind aber in dem oben erwähnten Streite ganz ungerechtfertigterweise verwendet worden; denn mit Recht bemerkt Best[4]):

> „Daraus, daß Ulpian in l. 9 § 9 von einem Darlehn spricht, folgt doch noch lange nicht, daß Ulpian das depositum irregulare als Darlehnsfall auffaßt. . . . Vergessen wir doch nicht, daß die äußeren sinnlich wahrnehmbaren Tatbestände, wie sie uns in den knappen Fallerzählungen überliefert sind, bei depositum irregulare und Darlehn dieselben sind!"

Wie die späteren Erörterungen[5]) zeigen werden, spricht die l. 9 § 9 überhaupt von keinem depositum irregulare, sondern von einem depositum regulare, das später in ein mutuum umgewandelt worden ist. Die Bedeutung dieser Stelle liegt vielmehr in der Frage nach den Erfordernissen für die Umwandlung eines Depositums in ein mutuum[6]). Nach Vangerow[7]) wollte Ulpian in dieser Stelle nicht die Frage beantworten,

> „ob dann, wenn dem Depositar der Gebrauch der deponierten Fungibilien gestattet werde, noch ein Depositum angenommen werden dürfe, oder ob nicht vielmehr ein Mutuum angenommen werden müsse? sondern vielmehr die andere, wesentlich davon verschiedene: ob dann, wenn die Parteien ein bestehendes Depositum in ein Mutuum umzuwandeln be-

---

[3]) Löwenstein, Depositum irregulare und Darlehn, S. 50ff.

[4]) Darlehn und depositum irregulare S. 66.

[5]) Vergl. unten S. 23ff.

[6]) So auch Fränkel, Das Darlehn und die irreguläre Hinterlegung S. 27. Anders dagegen Bruckner a. a. O. S. 69ff.

[7]) Pandekten, Bd. 3, 5. Buch § 630, S. 422.

absichtigen, dazu der bloße Vertrag genüge, oder noch eine spezielle Besitzergreifung der deponierten Geldstücke erforderlich sei."

Dieses Urteil Vangerow's wird gerade deshalb hier in der Einleitung, die ganz allgemein den Standpunkt des Verfassers skizzieren soll, besonders hervorgehoben, weil es deutlich, wie kein anderes in der bisherigen Literatur, den in der Stelle enthaltenen juristischen Kern herausschält, die Frage nämlich nach der Möglichkeit der konsensualen Begründung des mutuum.

Die l. 10 dagegen läßt, wie unten[8]) zu zeigen sein wird, eine sichere Entscheidung darüber, ob Ulpian an ein depositum irregulare oder an ein mutuum denkt, worin das ursprüngliche reguläre Depositum zu verwandeln wäre, überhaupt nicht zu. Anderer Meinung ist diesbezüglich allerdings Vangerow[9]), der es für ausgemacht erachtet, daß hier mit dem depositum ein eventueller Darlehnsvertrag in der Art verbunden gedacht werden solle, daß es dem Willen des Depositars anheimgegeben wird, das depositum in ein mutuum umzuwandeln. Dem ist aber aus dem Grunde nicht beizupflichten, weil in der Stelle nur von einem uti tibi permittere die Rede ist, welches Tatbestandsmoment sowohl dem mutuum wie auch dem depositum irregulare eigen ist, und weil sich aus dem sonstigen Wortlaut, auch nicht aus den Worten „creditam non esse"[10]), kein Merkmal ergibt, das zu der positiven Annahme berechtigen würde, es könne sich nur um die Umwandlung in ein mutuum und nicht auch darum handeln, das ursprüngliche depositum regulare in ein depositum irregulare zu verwandeln.

Wenn nun auch der früheren Literatur gegenüber betont werden muß, daß die beiden Stellen mit dem Streite für und wider das depositum irregulare nichts gemein

---

[8]) Vergl. S. 43ff. dieser Abhandlung.

[9]) a. a. O. S. 422, § 630.

[10]) Vergl. unten S. 44ff.

haben, so ist dennoch, da nach dem Tatbestande der l. 10 die Möglichkeit gegeben ist, daß, wenn ein derartiges Rechtsinstitut überhaupt anerkannt wird, die eventuelle Umwandlung in ein depositum irregulare beabsichtigt war, die Existenz und das Wesen dieses Rechtsinstituts im Rahmen dieser Arbeit zu erörtern. Dedekind, Jesnitzer und Niemeyer[11]) sind es, die dem depositum irregulare die Existenzberechtigung absprechen. Falls wir also hinsichtlich der Existenz desselben zu einem negativen Ergebnis gelangten, würde damit auch die Erörterung der Erfordernisse für die Umwandlung eines regulären Depositums in ein depositum irregulare überflüssig werden.

Der Fall, der in l. 10 zur Beurteilung steht, unterscheidet sich also von demjenigen der l. 9 wesentlich dadurch, daß bei letzterem die Erteilung der Gebrauchserlaubnis auf die Umwandlung des regulären Depositums in ein Darlehn abzielt, und daß dieselbe erst auf ein Ersuchen des Depositars hin durch den Deponenten erfolgte, die Initiative zur Umwandlung in ein Darlehn demnach vom Depositar ausging, wohingegen in l. 10 der Deponent der Offerent zur Umwandlung ist, und es zweifelhaft sein kann, ob die Umwandlung in ein Darlehn oder in ein depositum irregulare beabsichtigt wird.

Von den konkreten Fallerzählungen der beiden Quellenstellen auf Grund einer vorzunehmenden eingehenden Interpretation abstrahiert, stellt sich die Aufgabe vorliegender Arbeit für das BGB. somit folgendermaßen dar:

Gemäß dem nach den oben wiedergegebenen Leitsätzen festgestellten Tatbestande der l. 9 § 9 D. 12/1 sind zunächst die Beziehungen zwischen Hinterleger und Verwahrer in obligatorischer und sachenrechtlicher Hinsicht zu untersuchen. Dies muß deshalb geschehen, weil diese Beziehungen die faktische und rechtliche Grundlage für die vom Verwahrer und Hinterleger beabsichtigte Begrün-

[11]) Dedekind, a. a. O. § 25 p. 47 ff; Jesnitzer a. a. O. §. VIII; Niemeyer a. a. O., insbesondere in der Einleitung u. S. 156 ff.

dung eines neuen Schuldverhältnisses, des Darlehns, bilden. Im Hinblick auf diesen Zweck ist sodann die obligatorische und sachenrechtliche Wirkung des vom Verwahrer ausgehenden Darlehnsantrages und der vom Hinterleger erteilten Gebrauchserlaubnis zu prüfen.

An den ebenfalls durch Interpretation ermittelten Tatbestand der l. 10 anknüpfend, ist hierauf die Wirkung des vom Hinterleger ausgehenden Antrages auf Umwandlung in ein Darlehn oder in einen Summenverwahrungsvertrag zu prüfen, und sind die in einem solchen Falle notwendigen Erfordernisse für die wirksame Umwandlung in ein solches Rechtsgeschäft zu erörtern. Letzteres kann jedoch nur geschehen, nachdem in einem Exkurse festgestellt worden ist, ob das B.G.B. den Summenverwahrungsvertrag als selbständiges Rechtsinstitut kennt, oder ob bei einem derartigen Sachverhalt nach dem BGB. stets ein Darlehn anzunehmen ist. Den Schluß der Arbeit bildet eine nach bürgerlichem Recht vorzunehmende Beurteilung der Stellung des früheren zu dem neu begründeten Schuldverhältnis und zwar sowohl für den Tatbestand der l. 9 § 9 D. 12/1 als auch der l. 10 D. ejusd. tit.

A.

Interpretation der l. 9 § 9 und der l. 10 D. 12|1.

I. Interpretation der l. 9 § 9 D. 12|1.

§ 2.

Allgemeines.

Ulpian schließt sich in der l. 9 § 9 D. 12/1 durch die Worte „Et est verum" der Meinung des Nerva, des Proculus und des Marcellus an, wonach, wenn ich jemandem 10 Geldstücke in Verwahrung gebe, und nachher ihm erlaube, sie zu gebrauchen, dieselben, auch bevor sie von ihm angerührt werden, ihm als Darlehn von mir kondiziert werden können. Ulpian führt als Rechtsgrund für seine Ansicht an, daß jener mit der Erteilung der Gebrauchserlaubnis dem Willen nach zu besitzen angefangen und somit durch traditio brevi manu juristischen Besitz und Eigentum übertragen erhalten habe. Ulpian folgert hieraus, daß mit der Erteilung der Gebrauchserlaubnis die Gefahr auf denjenigen übergehe, welcher das Darlehn nachgesucht habe, und daß mit der condictio certi ex mutuo gegen diesen — den Depositar — vorgegangen werden könne.

Aus dem Worte „deposui" geht nämlich ohne weiteres hervor, daß es sich in dieser Stelle zunächst um das Vorliegen eines depositum handelt, und zwar kann nur ein depositum regulare in Betracht kommen[1]). Denn aus der

[1]) So auch Fränkel, Das Darlehn und die irreguläre Hinterlegung, § 6, S. 28. Nicht richtig ist die dort aufgestellte Behauptung, daß Schmid, Über das depositum irregulare (S. 22), vor Erteilung der Gebrauchserlaubnis das Vorliegen eines irregulären Depositums

später gegebenen Folgerung: „ergo transit periculum“ ergibt sich, daß vor Erteilung der Gebrauchserlaubnis lediglich von einer Speziesschuld im Sinne des depositum regulare, nicht aber von einer Genusschuld, wie beim depositum irregulare die Rede ist.

Wie ferner aus den Worten „postea permisi tibi uti“ hervorgeht, hatte der Depositar zunächst nicht die Gebrauchserlaubnis, sondern sie wurde ihm erst später erteilt. Bei dem depositum irregulare aber ist die Gebrauchserlaubnis von vornherein vorhanden. Dies ist im Wesen dieses Rechtsinstituts begründet. Denn es liegt dem irregulär Deponierenden garnichts daran, genau dieselben Geldmünzen wiederzuerhalten, er ist damit einverstanden, tantundem ejusdem generis restituiert zu bekommen. Was der Depositar in der Zwischenzeit mit den einzelnen deponierten Münzen beginnt, ob er sie gebraucht, kann dem, der irregulär deponiert, gleichgültig sein[2]).

Vor der Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist also die Annahme eines depositum irregulare ausgeschlossen, nur von einem depositum regulare kann die Rede sein.

In dem Wortlaut seiner oben wiedergegebenen letzten Folgerung gibt Ulpian zugleich den Schlüssel zu dem Standpunkte, von welchem aus der Sachverhalt der Stelle zu beurteilen ist, daß nämlich das Interesse des Depositars zu der nachträglichen Erteilung der Gebrauchserlaubnis Veranlassung gegeben, und daß dieser um die Erteilung der Gebrauchserlaubnis bezüglich des bei ihm deponierten Geldes, und zwar unter dem Anerbieten der Umwandlung des Depositums in ein Mutuum nachgesucht hat. Dies

---

annehme. Schmid vertritt vielmehr ebenfalls die Ansicht, daß es sich vor der Erteilung der Gebrauchserlaubnis um ein reguläres Depositum handelt. Vergl. ebenso Donner, Das depositum irregulare § 5, S. 33.

[2]) Ebenso Vangerow a. a. O. § 630, S. 416; Neustetel a. a. O. § 1, S. 7 u. 8; Mühlhäuser a. a. O. § 12, S. 31; Bruckner a. a. O. S. 66ff.; Best a. a. O. S. 60.

geht aus den Worten „qui mutuum rogavit“ unzweideutig hervor. Dieser Ansicht sind u. a. Mühlhäuser[3]), Glück[4]), Vangerow[5]), Best[6]), Fränkel[7]) und Niemeyer[8]).

Anderer Meinung sind dagegen Löwenstein und Bruckner.

Ersterer[9]) ist zwar auch der Meinung, daß hier das depositum regulare in ein Darlehn umgewandelt werde. Aber die Schlußfolgerung, auf Grund deren er zu diesem Ergebnis gelangt, ist eine andere und meines Erachtens nicht stichhaltig. Er schließt aus den Worten „qui mutuum rogavit“ nur, daß der Depositar um den Gebrauch des Geldes gebeten habe. Denn es heiße nur „permisi uti“. Wenn der Depositar gesagt hätte: „pecuniam eam mutuam mihi da“, würde Ulpian dem Deponenten nicht die Worte in den Mund gelegt haben: „postea permisi tibi uti“, sondern „postea mutuam (scil. pecuniam) dedi“. Das Wort „mutuum“ in dem Satze „qui mutuum rogavit“ deutet nach Löwensteins Ansicht nur auf die rein persönliche Meinung Ulpians hin, der hier ein Darlehn als selbstverständlich annehme, nicht, wie Mühlhäuser[10]) glaube, weil die Parteien es so gewollt haben, sondern weil Ulpian in dem Gebrauche des Geldes seitens des Empfängers ein Kriterium des Darlehns erblicke. Damit würde also Ulpian die Existenzberechtigung des depositum irregulare überhaupt verneinen. Es heißt doch aber offenbar dem deutlichen und klaren Inhalte der Stelle Gewalt antun und das sichere Fundament, das uns die Quellenstellen bieten, überhaupt erschüttern, wenn den Worten Ulpians eine willkürlich vorgefaßte Meinung untergeschoben wird, die er

---

[3]) Über Umfang und Geltung des Depositum irregulare, S. 31, § 12.
[4]) Pandekten, Teil XV, 16. Buch, 3. Tit. § 940, S. 155.
[5]) Pandekten, § 630 Bd. III, S. 422.
[6]) Darlehn und depositum irregulare § 8, S. 57/58.
[7]) Das Darlehn und die irreguläre Hinterlegung, S 27/28, § 6.
[8]) A. a. O., § 6, S. 55.
[9]) Depositum irregulare und Darlehn, S. 50, 51.
[10]) A. a. O., S. 31, § 12.

nachgewiesenermaßen garnicht gehabt haben kann. Denn in der diesbezüglichen Literatur[11]) ist zur Evidenz und genugsam dargetan, daß Ulpian eine solche Gegnerschaft dem depositum irregulare gegenüber garnicht einnahm.

Bruckner[12]) dagegen behauptet, dieses mutuum rogare des Depositars habe nur die Wirkung, daß bei Gestattung des Gebrauchs durch den Deponenten das bisherige depositum regulare in ein depositum irregulare übergehe, nicht aber in ein mutuum. Seine einzige Stütze hierfür sind die Worte „quasi mutua". Er sagt, die Anwendung des Wortes: „quasi" beweise, daß Ulpian garnicht daran gedacht habe, von einem Übergang des Depositums in ein Darlehn zu sprechen. Bei gebührender Würdigung der Wendung: „qui mutuum rogavit" ist dies aber gleichfalls als dem Wortlaut der Quellenstelle entgegenstehend wie auch schon aus dem Grunde zurückzuweisen, weil das Wort „quasi" ebenso häufig in der Bedeutung von „als" in den Quellen vorkommt[13]). Es liegt deshalb zum mindesten kein Anlaß vor, dem Wort „quasi" hier eine andere Bedeutung unterzulegen, die zu dem sonstigen Wortlaut der Quellenstelle in Widerspruch stehen würde.

Ferner behauptet Bruckner, daß der ganze Zusammen-

---

[11]) Vergl. Vangerow a. a. O., § 630 S. 422; Fränkel, Das Darlehn u. die irreguläre Hinterlegung, §§ 6 ff., S. 27—33; Best, Darlehn u. Depositum irregulare. §§ 8, 9, S. 55—71; Brandau, Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag, §§ 7/10, S. 12—21.

[12]) A. a. O., S. 70.

[13]) Vergl. z. B. l. 18 § 1 D. de reb. cred. 12/1 und die unten S. 78 zitierte l. 2, § 23 D. 47/8. Auch Gothofredus in seinen Noten zu den Pandekten sagt schon mit Bezug auf den Ausdruck „quasi mutua": „Si deposita pecunia vel commodata postea tibi uti permisero, etiam antequam mota sit, dicitur mutua". Ausgabe des Corpus juris Civilis Romani von Simon van Leeuwen, Leipzig 1720. Ähnlich auch Best, Darlehn und depositum irregulare § 8, S. 57; Brandau, Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag § 8, S. 16. Wegen des Wortes „quasi" vergl. auch die interessanten, in obigem Sinne gehaltenen Ausführungen Gneist's, Die formellen Verträge, § 5, S. 297: „Man meint, es sei nur ein „gleichsam" und uneigentlich geliehenes Geld gemeint. Aber quasi ist nichts als das griechische ὡς."

hang der §§ 1 bis 9 dafür spreche, Ulpian habe in § 9 lediglich als eine weitere „causa condictionis“ die causa depositi erwähnen wollen. Dies geschieht ebenfalls in der Absicht, darzutun, daß hier nur die Umwandlung in ein depositum irregulare in Frage komme. Zuzugeben ist, daß die Gewährung der condictio an sich kein Beweis dafür ist, daß es sich in dieser Quellenstelle um die Umwandlung in ein mutuum handle. Denn nach l. 9 pr. D. 12/1 sagt Ulpian ausdrücklich: „Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur“. Dies ist nun auch bei dem depositum irregulare der Fall. Daß Ulpian hierbei aber nur an die condictio ex mutuo gedacht haben kann, bezeugen die von ihm gebrauchten Worte „quasi mutua condicere“ im Zusammenhang mit „qui mutuum rogavit“.

Nicht stichhaltig ist es auch, wenn man, wie Donner[14]) es tut, sich zur Begründung der Behauptung, daß es sich in l. 9 § 9 um die Umwandlung in ein mutuum handle, auch auf die Worte „animo coepit possidere“ beruft. Denn daß es sich hier um eine Offerte des Depositars handelt, und nur dadurch die Worte „animo coepit possidere“ erklärt werden können, ergibt nach dem oben Ausgeführten auch der sonstige Wortlaut der Quellenstelle. Es ist aber nicht richtig, daß, wenn die Offerte vom Depositar ausgeht, dann stets die Umwandlung in ein Darlehn erfolgen müsse. Dies würde auf die von Brinz[15]) vertretene Rogationstheorie hinauslaufen, wonach das Kriterium dafür, ob es sich um die Umwandlung in ein depositum irregulare oder in ein mutuum handelt, stets die Tatsache sei, von welcher Seite das Ersuchen dazu ausgegangen ist. Diese Theorie ist jedoch aus den unten an geeigneterer Stelle[16]) anzuführenden Gründen abzulehnen. Das — hier allein maßgebende — Interesse an der Eingehung des Rechtsgeschäfts kann trotz der vom Depositar ausgehenden

---

[14]) Das Depositum irregulare § 5. S. 34.
[15]) Brinz, Pandekten, Bd. II, 2. Abt. § 317, S. 602.
[16]) Vergl. unten § 8, S. 59 ff. der Abhandlung.

Offerte sehr wohl auf der Seite des Deponenten liegen. In der zu erörternden Quellenstelle aber ist aus den oben dargelegten Beweggründen nur die Annahme zulässig, daß im Tatbestande der l. 9 § 9 die Parteien die Umwandlung in ein mutuum, nicht aber in ein depositum irregulare beabsichtigen, und diese Stelle gibt daher auch keine Antwort auf die Frage, ob dann, wenn dem Depositar der Gebrauch gestattet wird, noch ein depositum angenommen werden darf[17]).

§ 3.

Deponent und Depositar in obligatorischer Beziehung.

Da nach den obigen Ausführungen nunmehr feststeht, daß die Parteien in l. 9 § 9 D. 12/1 ein bestehendes depositum regulare in ein mutuum umzuwandeln beabsichtigen, so erscheint es angezeigt, bevor die Darlehnsofferte des Depositars und die vom Deponenten erteilte Gebrauchserlaubnis erörtert werden, in einem Exkurs zunächst einen Blick auf das Verhältnis zwischen Deponent und Depositar in obligatorischer und sachenrechtlicher Beziehung zu werfen; denn diese Beziehungen sollen die Grundlage für die neue Obligation, das mutuum, abgeben. Nur indem wir diese Grundlage berücksichtigen, vermögen wir die Erfordernisse für die Umwandlung des depositum regulare in ein mutuum richtig zu beurteilen.

Das depositum regulare ist ein Vertrag, durch den jemand (Deponent) einem andern (Depositar) eine Sache zur unentgeltlichen[1]) Verwahrung[2]) anvertraut.

Der Depositar ist daher verpflichtet, die Sache in Verwahrung zu halten, jedoch ohne dabei positive custodia gewährleisten zu müssen[3]). Auf Verlangen des Deponenten

---

[17]) Vergl. Fränkel a. a. O. § 6, S. 28.

[1]) l. 1, § 8 D. 16/3.

[2]) l. 1 pr. D. 16/3: „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est."

[3]) l. 1, § 12 D. 16/3.

hat der Depositar die deponierte Sache jederzeit zu restituieren[4]). Beim depositum regulare handelt es sich also um eine Speziesschuld. Entsprechend l. 33 D. 45/1 trägt deshalb der Deponent die Gefahr. Die Rückgabe hat außerdem an dem Orte zu erfolgen, an dem die Sache sich zur Zeit befindet[5]). Die Rückgabepflicht ist also Holschuld. Der Depositar haftet dabei nur für dolus und culpa lata[6]), quia enim non sua gratia accipit, sed ejus, a quo accipit[7]). Das depositum ist ferner ein contractus bilateralis inaequalis, denn dem Deponenten steht wegen kontraktswidriger Behandlung der Sache (z. B. wenn der Depositar sie gebraucht) und wegen verschuldeter Nichtrestitution gegen den Depositar die wegen des durch die Verwahrung begründeten Vertrauensverhältnisses infamierende actio depositi directa zu. Diese ist ein bonae fidei judicium und geht auf Herausgabe der Sache mit allen Accessionen[8]). Der Depositar dagegen kann wegen etwaiger Aufwendungen und Schadensersatz die actio depositi contraria geltend machen, hat aber seit Justinian weder ein Retentionsrecht noch kann er die Kompensation geltend machen[9]).

§ 4.

Deponent und Depositar in sachenrechtlicher Beziehung.

Das Depositum wird durch Hingabe der Sache zur Verwahrung begründet. Welche Wirkung hat diese Hingabe

---

[4]) l. 1, § 22 D. 16/3. Dies ist eine Ausnahme von der in l. 41 § 1 D. 45,1 gegebenen Regel: „diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore."

[5]) l. 12 pr. § 1 D. 16/3.

[6]) l. 1 § 10 D. 16/3.

[7]) Gajus in l. 1 § 5 D. de obligationibus et actionibus 44/7; vergl. auch l. 5 § 2 D. 13/6: „quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur."

[8]) l. 1 § 24 D. 16/3.

[9]) l. 11 C. h. t. 4/34. Für das Gem. Recht vergl. E. RG. Ziv. Bd. 12, Nr. 20, S. 89ff.

in sachenrechtlicher Beziehung? Tritt dadurch irgendwelche Veränderung im Eigentum oder Besitz ein?

Die l. 17 § 1 D. Depos. 16/3 sagt: „rei depositae proprietas apud deponentem manet; sed et possessio. . .". In dieser Stelle ist klar ausgesprochen, daß, sofern der Deponent Eigentümer der deponierten Sache ist[1]), sowohl das Eigentum wie auch der Besitz bei dem Deponenten verbleibt[2]).

Daß beim Depositum sonach kein Eigentumsübergang auf den Depositar stattfindet, ergibt sich aus der Absicht der Parteien. Der Deponent will nämlich trotz der Hingabe die Sache für sich behalten. Mit der Hingabe soll dem Depositar nicht die möglichst unumschränkte Herrschaft über die Sache übertragen werden. Der Depositar will durch die Hinnahme lediglich die Gewalt über die Sache erhalten, soweit diese zur Verwahrung erforderlich ist. Es fehlt also den Parteien der beiderseitige Übereignungswille. Wohl kann es vorkommen, daß, um aus besonderen Gründen nach außen hin den Depositar als Eigentümer zu legitimieren, das Eigentum fiduziarisch übertragen werden soll, dann aber muß die Absicht der Übereignung besonders erklärt sein. Aus der Natur des Depositums ergibt sie sich jedenfalls nicht[3]).

Spröder als diese Wirkung oder vielmehr Nichtwirkung der Hingabe zur Verwahrung auf das Eigentum zeigt sich bei der Betrachtung die Wirkung auf den Besitz.

Der Depositar hat die Geldstücke in seinem Gewahrsam. Dieser Gewahrsam aber ist keine Herrschaft im Sinne des vom Rechte geschützten Besitzes, denn zur

---

[1]) Eine Notwendigkeit hierfür besteht nicht; sogar der Dieb kann eine Sache in Verwahrung geben (l. 1 § 39 D. h. t. 16/3 l. 31 § 1 D. eod).

[2]) Vergl. auch Gajus IV, § 153: „per eos quoque, apud quos deposuerimus . . . . . ipsi possidere videmur."

[3]) Vergl. Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 213 S. 494. Das RG. hat bezüglich des Kaufs hierzu Stellung genommen. Vergl. E. RG. Ziv. Bd. 2 Nr. 44. S. 168ff. Gajus, Institutionen II, § 60.

Herrschaft gehört vor allem der Wille zur Herrschaft. Dieser fehlt dem Depositar. Der Depositar ist also lediglich Detentor, ihm ist der Rechtsschutz versagt. Er hat zwar die körperliche Gewalt über die Sache, das corpus, aber es fehlt ihm der animus, der Besitzwille. Der Depositar hat lediglich im Namen des Deponenten, als Vertreter desselben, in dessen Interesse die Sache inne. Es liegt hier ein Fall vor, von dem Celsus sagt in l. 18 pr. de acquirenda vel amittenda possessione 41/2: „nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cujus nomine possidetur". Der Deponent bleibt also Besitzer, und sein Besitz ist so zu denken, daß er, als der dominus, den animus rem sibi habendi hat, während der Depositar ihm die Detention dadurch verschafft und bewahrt, daß er das Geld völlig der Verfügungsgewalt des Deponenten unterworfen wissen will. Gerade aber „durch das Zusammenwirken dieses Willens und der Detention in der Person des Repräsentanten wird dem Besitzer die Möglichkeit physischer Einwirkung auf die Sache gegeben[4])".

Wir haben hier also vier Momente, die das sachenrechtliche Verhältnis zwischen dem Deponenten und dem Depositar während des Bestehens des depositum regulare charakterisieren: Für das Verbleiben des Eigentums beim Deponenten den Mangel des gegenseitigen Übereignungswillens, für den unveränderten Besitzstand einmal den animus rem sibi habendi des Deponenten, sodann die Detention in der Person des Depositars und schließlich den Willen des letzteren, für jenen zu detinieren.

Inwiefern die Darlehnsofferte und die demnächst erteilte Gebrauchserlaubnis hierin eine Änderung hervorbringen, bleibt der Erörterung im § 6 dieser Arbeit vorbehalten.

---

[4]) Schirmer a. a. O. S. 424ff.

§ 5.
Die Darlehnsofferte des Depositars und die vom Deponenten erteilte Gebrauchserlaubnis in obligatorischer Hinsicht
(postea permisi tibi uti, qui mutuum rogavit).

Der Depositar hat den Deponenten gebeten, die ihm bisher von diesem in Verwahrung gegebenen 10 Geldstücke künftighin als mutuum behalten zu dürfen[1]). Darauf hat der Deponent, wie sich aus den Worten „permisi tibi uti" ergibt, dem Depositar die Gebrauchserlaubnis erteilt.

Welche Wirkung haben diese beiden Tatsachen für die rechtlichen Beziehungen zwischen den beiden Parteien? Ist dadurch ein mutuum zustande gekommen?

Nerva, Proculus und Marcellus bejahen diese Frage, und Ulpian schließt sich ihrer Ansicht an. Dadurch, daß der Deponent die Gebrauchserlaubnis erteilt, acceptiert er die Offerte des Depositars zur Umwandlung; denn indem er den Gebrauch des Geldes gestattet, liegt es in der Natur der Sache, daß er in den Verbrauch des Geldes durch den Depositar und in die Restitution von tantundem ejusdem generis einwilligt[2]). Aus diesem Charakter des Mutuums als einer Genusschuld folgt zugleich, daß mit der Acceptierung die Gefahr auf den früheren Depositar und nunmehrigen Empfänger des Mutuums übergeht[3]). Genügt aber überhaupt für die Umwandlung eines Schuldvertrages in ein materielles Darlehn der bloße Vertrag? Wird die fortan auf tantundem gehende Restitutionspflicht des früheren Depositars schon durch den bloßen Consens begründet[4])?

---

[1]) Vergl. S. 24ff. der Abhandlung.

[2]) Ebenso Löwenstein a. a. O. S. 51.

[3]) § 2 J. Quibus modis re contrahitur obligatio 3/15; so auch Glück a. a. O., 16. Buch, 3. Tit. § 949, S. 155.

[4]) So Schmid a. a. O. S. 90 Anm. 25: Das mutuum tritt in dem erwähnten Fall immer in dem Augenblick ein, in welchem der Consens darüber vollendet ist. Dieser Consens liegt nun freilich in dem Falle, wenn auf Antrag des Depositars der Gebrauch des Geldes gestattet wird, sofort bei der Gebrauchsgestattung vor.

Für das ältere römische Recht ist dies jedenfalls ausgeschlossen, denn African verneint noch in l. 34 pr. D. mandati 17/1 das Zustandekommen eines Darlehns mit der Begründung: „alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione pecuniam creditam fieri posse". Aber auch für das spätere römische und selbst für das gemeine Recht steht die Realkontraktsnatur[5]) des Darlehns dem hindernd im Wege.

Zwar ist die Möglichkeit von Realverträgen überhaupt bestritten worden. Auch für das römische Recht seien die Realkontrakte stets Consensualkontrakte gewesen[6]). Von anderen wiederum wird die Existenz der Realverträge zwar für das römische Recht zugegeben, aber die Behauptung aufgestellt, daß mit dem Klagbarwerden der nuda pacta im gemeinen Recht die römischen Realkontrakte ihre Eigenheit eingebüßt hätten und in der großen Masse der Consensualkontrakte aufgegangen wären[7]). Der Ansicht Reinholds steht der Lehrsatz des Gajus entgegen: „aut re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu[8])" sowie J. Quibus modis re contrahitur obligatio 3/15. Nur die unter einer causa civilis geschlossenen Schuldverträge wurden als Kontrakte, als mit zivilrechtlicher actio ausgestattet, angesehen. Diese Causa civilis war bei der als Realkontrakte bekannten Vertragsgruppe die res, die Hingabe der Sache, oder wie Dernburg[9]) sagt, die Leistung ist nach römischem Rechte für diese besondere Art von Verträgen „eine positive und zwingende Bedingung der

---

[5]) l. 1 § 2 D. de obligationibus 44/7: „Re contrahitur obligatio mutui datione." Vergl. auch pr. J. Quibus modis re contrahitur obligatio 3/15 und Schulin, Lehrb. der Geschichte des römischen Rechts § 84, S. 400.

[6]) Reinhold, Natur der sogen. Realkontrakte, S. 31—32.

[7]) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 8, S. 20—21.

[8]) Gajus III, § 89; vergl. auch l. 1 § 1 D. de obligationibus et actionibus 44/7.

[9]) Pandekten, Bd. 2, § 8, S. 21. Vgl. auch Keller, Pandekten § 294, Bd. 2, S. 2/3.

Klagbarkeit". Bei den Realverträgen wird also der Vertrag erst durch die Leistung gültig. Die Leistung geschieht dort nicht, wie bei den Consensualverträgen, in Erfüllung des bereits durch den bloßen Consens wirksam gewordenen Vertrages, also solvendi causa, sondern sie geschieht zwecks Begründung der daraus resultierenden Verpflichtung, obligandi causa.

Durch die Eigentümlichkeit des mutuum, daß nur tantundem ejusdem generis restituiert zu werden braucht, ist aber erfordert, daß diese Leistung nicht bloß, wie oben[10]) bezüglich des depositum festgestellt ist, in der einfachen Hingabe zur Detention besteht, sondern es liegt in dieser Eigentümlichkeit begründet, daß eine Übereignung der Darlehnsvaluta stattgefunden haben muß, wie dies auch in l. 2 § 2 D. de rebus creditis 12/1 in den Worten zum Ausdruck kommt: „Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio".

Wenn nun auch im römischen Recht die Frage der Umwandlung anderer Schuldverträge, z. B. eines Mandats, Kaufes usw., in ein mutuum infolge dieses Erfordernisses der unmittelbaren Überführung der als mutuum erbetenen vertretbaren Sache aus dem Eigentum des Darleihers in das des Empfängers bestritten war[11]) so ist dies bezüglich des depositum nicht der Fall[12]). Fährt doch sogar African in der bereits oben zitierten l. 34 pr. D. mandati 17/1 fort: „Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fit, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt". Dementsprechend gewähren denn, da das mutuum ein stricti juris negotium ist, die klassischen Juristen in der vorliegenden Quellenstelle dem Deponenten nach Erteilung der Gebrauchserlaubnis die

---

[10]) Vergl. S. 29ff. der Abhandlung.

[11]) Vergl. l. 34 pr. D. mandati 17/1 und l. 15 D. de rebus creditis 12/1.

[12]) So auch Vangerow, Lehrb. der Pandekten. § 623, S. 387.

condictio certi[13]). Im allgemeinen können aber Kondiktionen nicht auf Gegenstände gerichtet werden, die sich noch im Vermögen des Klägers befinden[14]). Wenn daher durch die Darlehnsofferte des Depositars und die vom Deponenten erteilte Gebrauchserlaubnis ein materielles Darlehn zustande gekommen sein soll, so muß die Gebrauchsgestattung hier eine obligatorische Numeration enthalten, d. h., es muß Eigentum, und somit auch der Besitz der deponierten Geldstücke unmittelbar mit der Erteilung der Gebrauchserlaubnis auf den bisherigen Depositar übergegangen sein[15]). Ob dieses richtig ist, soll der nächste Paragraph ergeben.

§ 6.

Die Darlehnsofferte des Depositars und die vom Deponenten erteilte Gebrauchserlaubnis in sachenrechtlicher Hinsicht.

Wie in § 4 dieser Abhandlung festgestellt wurde, ist der Depositar zunächst Detentor der ihm in Verwahrung gegebenen Geldstücke. Für den Besitz- und Eigentumserwerb durch den Depositar kommt also die brevi manu traditio in Betracht[1]). Hierunter versteht man nach Savigny[2]) zwei sehr verschiedene Dinge, teils Übertragung des Eigentums, wenn der Besitz schon übergegangen war, teils Übertragung des Besitzes, wenn der andere bisher die bloße detentio hatte.

Ulpian führt nun als Grund für die Gewährung der condictio und damit des Eigentumsüberganges etiam

---

[13]) Glück a. a. O. 16. Buch, 3. Tit. § 949. S. 155.

[14]) Vergl. auch Vangerow a. a. O. § 623, S. 386 Anm. 1: „Eine condictio ex mutuo kann nicht stattfinden, wenn der Empfänger des Geldes garnicht Eigentümer geworden ist."

[15]) Vergl. Schirmer, Über den Verlust des Besitzes deponierter und vom Depositar veruntreuter Sachen, S. 430.

[1]) So auch Löwenstein a. a. O. S. 51, Niemeyer a. a. O. § 6, S. 55.

[2]) Das Recht des Besitzes, § 19, S. 243/4.

antequam moveantur (scil. decem) an, daß der Depositar durch den bloßen animus zu besitzen angefangen habe: „animo enim possidere coepit".

Zunächst ist also dieser Satz in seiner Bedeutung hinsichtlich des Besitzerwerbes durch den Depositar zu prüfen und erst dann der Erörterung des Eigentumsüberganges näher zu treten.

Auch Savigny[3]) lehrt, daß der Depositar als Besitzrepräsentant durch bloßen animus[4]) den Besitz der in seiner Verwahrung befindlichen Gegenstände erwerbe, indem er sagt, daß „in dem Augenblicke des Erwerbes außer dieser Bestimmung des Willens durchaus nichts Neues zu geschehen brauche", und „insofern durch bloßen animus erworben wird".

Zwar sagt Paulus in l. 8 D. 41/2: „nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest"[5]). Diese Vorschrift des Paulus aber ist die für den Besitzerwerb im allgemeinen geltende Regel, sie enthält die Quintessenz des Besitzerwerbes ohne Berücksichtigung besonderer Fälle. Denn sonst würde sich Paulus selber widersprechen, wenn er in l. 1 § 21 D. 41/2 sagt: „non est corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu". Animus und corpus sind also die beiden Elemente des Besitzerwerbes, ihr gleichzeitiges Vorliegen ist für diesen die condicio sine qua non.

Tatsächlich aber treten diese beiden Elemente häufig nicht gleichzeitig in die Erscheinung, denn es gibt dreierlei Möglichkeiten, wie jemand zu einer Sache im Hinblick auf den Besitzerwerb in ein näheres Verhältnis treten kann.

---

[3]) A. a. O. § 19, S. 242.

[4]) So auch Glück a. a. O. Bd. 8, §§ 580/81. S. 102: „Wo für das Faktum der Besitzerwerbung nichts Neues nötig ist, ist die bloße Erklärung des Eigentümers zur Übertragung des Eigentums hinreichend; hier erwirbt der Detentor den juristischen Besitz durch den bloßen animus."

[5]) Vergl. auch l. 3 § 1 D. 41/2: „Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore."

Einmal kann ein entsprechendes räumliches Verhältnis zugleich mit dem Entstehen des Besitzwillens begründet werden, wie wenn z. B. der Finder einer Perle in der Absicht, sie zu besitzen, dieselbe an sich nimmt. Hier tritt sofort juristischer Besitz ein, denn beide Elemente des Besitzerwerbes, animus und corpus, sind sofort vorhanden.

Sodann kann der Besitzwille zunächst gefaßt werden, ohne Begründung eines diesem Willen entsprechenden räumlichen Verhältnisses zur Sache. Hier ist vorläufig nur ein Element vorhanden, und der Besitz der Sache tritt erst mit Hinzutreten des zweiten Elementes ein, nämlich in dem Augenblicke der Herstellung eines dem Besitz, als einer tatsächlichen Herrschaft, entsprechenden räumlichen Verhältnisses zur Sache.

Auch bei der dritten Art ist zunächst nur ein Element vorhanden, wenn nämlich zunächst nur das rein körperliche Verhältnis zur Sache, die Detention besteht, und der Besitzwille erst später gefaßt wird. Auch in diesem Falle kann der Besitz erst eintreten, wenn beide Elemente vorhanden sind, also frühestens in dem Augenblicke, da der Besitzwille nach außen hin erkennbar geäußert wird. Es wird ausdrücklich „frühestens“ betont, denn es tritt dies nämlich nur in den Fällen der Detention ein, wo, wie z. B. bei dem in l. 3 § 3 D. 41/2 hervorgehobenen Tatbestande[6]) die Detention als Vorstufe zum originären Eigentumserwerbe anzusehen ist.

Anders ist es, wenn wie im Falle der zur Erörterung stehenden Quellenstelle die Detention gewissermaßen auf derivativem Wege, also von dem Besitzer erlangt und für diesen gewahrt ist. Hier muß für die Umwandlung des Detentionsverhältnisses in juristischen Besitz zu dem bloßen Willen des Inhabers noch die Zustimmung des bisherigen Besitzers, für den er die Sache detinierte,

---

[6]) „. . . . si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero: quia, quod desit naturali possessioni id animus implet.“

hinzutreten. Es findet dann die Vorschrift der l. 3 § 19 D. 41/2 Anwendung, wo es heißt: „A veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse.“ Eine veränderte Absicht des Inhabers einer Sache wird also erst dann beachtet, wenn sie auf Grund eines neuen Geschäftes mit dem bisherigen Sachbesitzer gefaßt[7]) oder durch reale Handlungen betätigt wird.[8]) Denn die Vorschrift der l. 3 § 19 erstreckt sich nicht nur auf den juristischen Besitz, sondern auch auf die naturalis possessio[9]). Paulus ist in l. 3 § 20 D. 41/2 zwar anderer Ansicht, indem er sagt: „Sed si is qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit: non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.“ Aber der Grund, aus dem Paulus die Schlußfolgerung zieht, daß der Depositar oder Commodatar nach dem Kauf oder der Schenkung die causa possessionis nicht selbst ändere, ist nicht richtig. Nicht weil der Depositar und der Commodatar überhaupt nicht Besitz haben, ändern sie in dem gegebenen Falle nicht die causa possessionis, sondern weil der Wille des bisherigen Besitzers, des Deponenten oder des Commodanten, die causa der bisherigen naturalis possessio ändert.

Der Annahme, daß für die Umwandlung des mit dem bisherigen Besitzer vereinbarten Detentionsverhältnisses in juristischen Besitz zu dem bloßen Willen des Innehabers die Zustimmung des bisherigen Besitzers hinzutreten müsse,

---

[7]) Vergl. auch l. 19 § 1 D. de adqu. v. a. p. 41/2.

[8]) l. 12, l. 18 D. de vi et de vi armata 43/16.

[9]) Jul. l. 2 § 1 D. pro. her. 41/5: „quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur.“ So auch Schirmer in Lindes Zeitschr. Neue Folge Bd. 11 S. 430, welcher darauf hinweist, daß sich in der Lehre vom Besitz nirgends eine Analogie finde, nach welcher der Repräsentant fremden Besitzes diesen durch sein bloßes Wollen in eignen zu verwandeln, fähig wäre. Nach Schirmer hat „causa possessionis“ hierbei nicht den Sinn von Grund des „Besitzerwerbs“, sondern die Bedeutung „Charakter des Besitzes.“ (a. a. O. S. 435.)

scheint nun l. 47 D. 41/2 entgegenzustehen, wo Papinian sagt: „Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi (commissam?) possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est.“ Denn bei oberflächlicher Betrachtung dieser Stelle liegt wohl der Schluß nahe, daß Papinian die Ansicht hegte, der Depositar könne dem Deponenten ohne Zustimmung desselben solo animo den Besitz entziehen. Eine richtige Würdigung des Wortes „constitueris“ ergibt aber, daß Papinians Meinung keineswegs mit der Ansicht des Paulus[10]) sich im Widerspruch befindet, wonach der bloße animus infitiandi hinsichtlich des Depositums ohne körperliche Bemächtigung nicht genügt, um dem Deponenten den Besitz zu entziehen. Das Wort „constituere“ hat nicht nur die Bedeutung des reinen geistigen Entschließens, sondern aus Gründen etymologischer Natur gleichzeitig auch stets die Mitbedeutung des Feststellens, Festsetzens, des nach Außen hin Kundtuns des Entschlusses. Mit „possidere neque reddere constitueris“ meint Papinian also, daß dieser Wille, zu besitzen und nicht zurückzugeben, klar erkennbar gemacht sein müsse, um den Besitzverlust des Deponenten bewirken zu können. Dieses aber kann, wie sogleich noch dargetan werden wird, wirksam nur unter eigens darauf hinzielender körperlicher Bemächtigung der Sache geschehen, wofür außer Paulus auch Celsus in l. 68 pr. D. 47/2 de furtis sich ausspricht.[11]) Nach dieser Stelle reicht nämlich nicht einmal die infitiatio ipsa, das ausdrückliche Leugnen des Depositums, also der in Worten zum Ausdruck gekommene animus, zur Besitzentziehung

[10]) Paulus l. 3 § 18 D. 41/2: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris desino possidere; sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessionem me manere.

[11]) Celsus l. 68 pr. D. de furtis 47/2: Infitiando depositum nemo facit furtum: nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum sit: sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa, facit furtum.

aus, denn die infitiatio ist nach Celsus noch kein furtum, wohl aber die Erlangung des Besitzes durch den Depositar intervertendi causa.

Sofern der Depositar also kein furtum begehen will, ist die Zustimmung des Deponenten zum Besitzerwerbe durch den Depositar erforderlich. Da Letzterer aber schon die Detention hat, so tritt in dem Augenblicke der Erklärung der Zustimmung des Deponenten der Besitzerwerb durch den Depositar ein. Im Tatbestande der l. 9 § 9 ist der veränderte animus, der animus possidendi, beim Depositar unzweifelhaft vorhanden. · Er kommt in der von ihm ausgehenden Offerte zum Ausdruck. Auch die Zustimmung des Deponenten, als des bisherigen Sachbesitzers, liegt vor; sie ergibt sich aus der darauf erteilten Gebrauchserlaubnis. In dem Augenblicke der Erteilung der Gebrauchserlaubnis hat also der Depositar den Besitz erworben.

Gemäß der oben wiedergegebenen Ansicht Savignys und Glücks und der von diesen dem Satz „animo enim possidere coepit“ gegebenen Deutung hätte dieser Besitzerwerb solo animo stattgefunden. Das ist so ohne Weiteres nicht richtig. Der Wortlaut des Satzes „animo enim coepit possidere“ ist vielmehr cum grano salis aufzufassen. Die irrtümliche Ansicht Savignys und Glücks beruht in der Verkennung des Umstandes, daß Ulpian zu Gunsten der Kürze seines Ausdrucks sich nicht deutlich genug ausgedrückt, vielmehr ein wesentliches Moment unberücksichtigt gelassen hat. Sehr richtig betont Schirmer,[12]) daß in derartigen Fällen in dem animus possidendi nicht unmittelbar das den Besitz Verschaffende zu suchen sei, sondern daß wir in ihm zugleich dasjenige Moment zu erkennen haben, welches dem bisherigen körperlichen Verhältnisse eine bestimmte Richtung gibt und damit dieses selbst erfaßt und verändert. Zwischen den einen Besitzerwerb erst begründenden und den einen bereits begonnenen Besitz fortsetzenden Handlungen bestehe kein sachlicher Unter-

[12]) A. a. O. S. 431.

schied. Der Depositar muß also durch die bloße Fortdauer seines körperlichen Verhältnisses zu den detinierten Geldstücken mit dem Willen, fortan für sich zu besitzen, sich dieser notwendigerweise bemächtigen. Der Besitz wird also in diesem Falle ebensowenig wie sonst durch den bloßen Willen erworben, sondern erst vermittels der infolge dieses Willens eintretenden Bemächtigung[13]). Dieses kommt auch in der l. 9 § 1 de Publiciana in rem actione 6/2 zum Ausdruck, wo Ulpian sagt: „Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit." Ebenso spricht sich auch Dernburg[14]) aus, in dem er sich dabei insbesondere gegen Savigny wendet. Lediglich also in diesem Sinne und mit der letzterwähnten Maßgabe ist in der interpretierten Quellenstelle der Satz: „animo enim coepit possidere" aufzufassen.

Da demnach feststeht[15]), daß der Depositar in dem Augenblicke der durch den Deponenten erfolgten Erteilung der Gebrauchserlaubnis den Besitz an den Geldstücken erworben hat, so tritt nach der oben wiedergegebenen Erläuterung des Begriffs der brevi manu traditio dadurch auch der Eigentumsübergang ein. Dem steht die Entscheidung des Diocletian und des Maximinian in l. 20 C. de pactionibus 2/3[16]) nicht entgegen, denn die brevi manu traditio entspricht allen Erfordernissen der eigentlichen Tradition, sie hat nicht den Charakter eines nudum pactum. Gerade der Grund, weshalb das Eigentum nicht durch ein nudum pactum übertragen werden kann[17]), weil nämlich

[13]) Anders Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, § 630. S. 422; Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 8, §§ 580/81, S. 102/4; Savigny, Recht d. Bes. § 19, S. 243, 275.

[14]) Pandekten Bd. I, 2. Abt. § 182, § 423 und S. 424 Anm. 10.

[15]) Vergl. oben S. 40.

[16]) Traditionibus et usucapionibns dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

[17]) Quia rerum dominia a naturali possessione coeperunt. Vergleiche die Note des Gothofredus zu l. 20 C. de pactionibus 2/3 und Cujac. ad. l. 1 D. de usucapionibus 41/3, Paratitl. z. D. 41/3.

durch das Letztere nur eine Verpflichtung, nicht aber eine dingliche Wirkung erzeugt wird[18]), trifft bei der traditio brevi manu nicht zu; sie ist nicht bloß der duorum pluriumve in idem placitum consensus, das Zusammenfallen des animus dominii transferendi et adquirendi, sondern sie schließt, wie oben dargetan, auch Übergabe, die Übertragung des juristischen Besitzes ein. Der in der Erteilung der Gebrauchserlaubnis zum Ausdruck kommende Eigentumsübertragungswille des Deponenten genügt zum Erwerbe, denn der Wille des Eigentümers ist in diesem Falle ausschlaggebend[19]). Sagt doch schon Gajus[20]), daß es der natürlichen Billigkeit entspreche, dem Willen des Eigentümers stattzugeben. Indem der Deponent gestattet, daß die 10 Geldstücke, obwohl er sie ursprünglich dem Depositar auf Grund des Depositums behufs Wahrung der Detention hingegeben hatte, nunmehr behufs Begründung eines Mutuums bei dem Depositar verbleiben, bewirkt er die Eigentumsübertragung[21]).

Es hat also mit der Erteilung der Gebrauchserlaubnis tatsächlich eine Übereignung der Darlehnsvaluta stattgefunden, und von diesem Augenblicke an ist das Depositum in ein Mutuum umgewandelt worden, das Geld kann schon als Mutuum kondiziert werden, bevor es zum Gebrauche angerührt worden ist.

---

[18]) l. 3 pr. D. de obl. et act. 44/7.

[19]) Vergl. l. 21 § 1 D. de adquirendo rerum dominio 41/1: „si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua."

[20]) Gaj. l. 9. § 3 D. 41/1: „Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

[21]) Vergl. Gajus in l. 9 § 5 D. de adquirendo rerum dominio 41/1: „Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam. Veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio."

II. Interpretation der l. 10 D. 12|1.

§ 7.

Die vom Deponenten als Offerenten der Umwandlung erteilte Gebrauchserlaubnis.

Auch bei der l. 10 D. 12/1 liegt zunächst ein reguläres Depositum vor.

Sonst würde ein Anrühren des Geldes garnicht erst erforderlich sein, um die Creditierung im engeren Sinne[1]) und den Eigentumsübergang herbeizuführen. Denn bei dem depositum irregulare geht gleich mit dem Vertragsschluß das Eigentum und die Gefahr über. Letzteres wird zwar von Brinz[2]) bestritten, indem eine derart erhöhte Haftung nach seiner Meinung gegen das Grundprinzip des Depositums, die bona fides, verstoße, da der Depositar dem Deponenten stets einen Gefallen erweise. Der Grund dieses Bestreitens ist jedoch nicht einzusehen, denn es handelt sich ja auch bei dem depositum irregulare wie beim mutuum um eine Genusschuld. Der Depositar braucht bei einem irregulären Depositum nicht idem, sondern nur tantundem ejusdem generis zu restituieren. Dies bedingt den Eigentumsübergang, und es zeigt hier der Satz seine Wirksamkeit „casum sentit dominus". Übrigens läßt die gegenüber dem regulären Depositum größere Freiheit eine dementsprechend größere Gefahr als durchaus billig erscheinen.

---

[1]) Vergl. die unten S. 44ff. gegebene Erläuterung des Begriffs „creditum".

[2]) Brinz, Pandekten, Bd. 2, Abt. 2, § 317, S. 603, Anm. 13, Zeile 8 von unten.

Demgemäß behauptet Brinz[3]) auch, daß in dieser Stelle von vornherein ein depositum irregulare vorliege. Daß es sich aber nicht schon von Anfang an um Begründung eines depositum irregulare handeln kann, geht aus den Worten „si voles“ hervor. Die Hinzufügung dieser Worte würde überflüssig sein, wenn der Depositar schon beim Vertragsschluß willens war, von den Geldstücken Gebrauch zu machen. Denn die Gebrauchserlaubnis des depositum irregulare ist keine einseitige Ermächtigung durch den Deponenten, sondern durch die Abrede genereller Restitution ist sie Vertragsinhalt und vom Consens der Parteien mitumfaßt.

Bei Abschluß des regulären Depositums macht nun der Deponent dem Depositar gleichzeitig die Offerte zu einer Umwandlung des regulären Depositums, während der Depositar sich vorläufig noch nicht darüber erklärt. Erst durch eine spätere ausdrückliche Erklärung seines Willens oder eine entsprechende konkludente Handlung seinerseits kommt der neue Vertrag zustande.

Ob diese Umwandlungsofferte des Deponenten sich auf ein depositum irregulare oder auf ein mutuum bezieht, läßt sich mit Sicherheit nicht entscheiden, denn die Worte „creditam non esse“ würden ebensowohl bei einer Umwandlung in ein depositum irregulare wie bei der Umwandlung in ein mutuum zutreffen.

Zur Erhärtung dieser Behauptung empfiehlt sich eine Untersuchung der Bedeutung des Wortes „credere“. Das Wort „credere“ (wie Ulpian in der l. 1 D. 12/1 berichtet) ut Celsus ait, generalis appellatio[4]) est, nam cuicumque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur, und Paulus in der l. 2 § 3 D. 12/1 sagt: „creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie.“ Das Wort „credere“ ist also keinesfalls ausschließlich auf das mutuum anwendbar. Es bezeichnet den

[3]) A. a. O.

[4]) Ebenso l. 11, l. 12 pr. D. 50, 16.

Oberbegriff, von dem das mutuum nur eine Unterart ist.[5]) Das creditum bezeichnet also einmal jeden Vertrag, bei dem eine Rückleistung vereinbart ist — unter diesen Begriff würden sowohl das depositum regulare, wie auch das depositum irregulare und das mutuum fallen, dann aber bezeichnet es im engeren Sinne Verträge, deren Gegenstand die Rückleistung von Fungibilien gleicher Art und Güte, also eine Genusschuld ist. Hierunter würde das depositum irregulare und das mutuum zu rechnen sein. Die allgemeinere, das depositum regulare mitumfassende Bedeutung des Wortes „creditum" scheidet bei unserer Erwägung aus, da wir es, wie festgestellt, bereits mit einem depositum regulare zu tun haben. Es kann hier also nur der engere Sinn des Wortes creditum in Betracht kommen, und die Entscheidung betreffs der Natur des von dem Deponenten durch seine Umwandlungsofferte angestrebten neuen Rechtsgeschäfts pendelt demnach zwischen den beiden Möglichkeiten mutuum und depositum irregulare.

Diese Ungewißheit und Unbestimmbarkeit kommt auch in der Literatur zum Ausdruck. So sind Glück[6]), Vangerow[7]), Mühlhäuser[7a]), Niemeyer[8]) und Fränkel[9])

---

[5]) Sehr instruktiv ist in dieser Hinsicht die Note 30 des Dionysius Gothofredus zu l. 2 § 3 D. 12/1: „Crediti appellatio latius patet, quam mutui. Creditum, genus est: mutuum, species, ut hic. In credito aliud interdum non recipimus: in mutuo aliud recipimus. Creditum extra pecuniam etiam consistit: mutuum vero, nisi pecunia intervenerit, non consistit. Creditum est interdum, etsi nihil proficiscatur, in mutuo a nobis aliquid proficisci oportet."

[6]) Ausf. Erläuterung d. Pandekten Bd. 8, §§ 580/81, S. 104.

[7]) A. a. O., § 630, S. 423 oben.

[7a]) A. a. O. Hinfällig ist die hier von Mühlhäuser gegebene Begründung, wonach die Absicht, das depositum in ein mutuum umzuwandeln, daraus erhelle, daß der Deponent bis zu einem gewissen Grade sich seines beliebigen Rückforderungsrechtes begeben habe, denn dies ist auch beim depositum irregulare der Fall.

[8]) A. a. O., § 6, S. 54.

[9]) A. a. O., § 6, S. 29.

der Ansicht, daß es sich lediglich um Umwandlung in ein mutuum handeln könne, während Bruckner[10]) hier mit aller Entschiedenheit die beabsichtigte Umwandlung in ein depositum irregulare annimmt. Die Unhaltbarkeit einer solchen Entscheidung nach der einen oder anderen Richtung hin ergibt sich aus dem oben Dargelegten. Nur den Ausführungen Niemeyers ist noch eine kurze Erörterung zu widmen.

Niemeyer[11]) sieht nämlich anscheinend darin, daß die l. 10 zwischen zwei Stellen eingefügt ist, welche Darlehnsfälle behandeln, einen Beweis für seine Behauptung, Ulpian spreche hier von dem Übergang in ein Darlehn. Es ist zwar zuzugeben, daß, wenn die von außen her erkennbaren tatsächlichen Unterlagen die Möglichkeit der Annahme gewähren, daß das eine oder das andere Rechtsgeschäft von den Parteien beabsichtigt sei, der Zusammenhang, in welchem diese Unterlagen in der zu interpretierenden Quellenstelle uns entgegentreten, als Auslegungsmoment berücksichtigt werden muß. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß die hervorgehobene Art der Einfügung zu der Entscheidung berechtige, ob hierbei die Umwandlung in ein depositum irregulare oder in ein mutuum beabsichtigt ist. Denn einmal handelt der ganze Titel 1 des zwölften Buches der Digesten nicht bloß vom mutuum, sondern von den Creditgeschäften überhaupt. Sodann aber bringt die ganze Art des Zustandekommens der Digesten es mit sich, daß nur aus zwingenden Gründen ein bestimmter sich auf Details erstreckender Ideenzusammenhang zwischen den einzelnen Stellen angenommen werden darf. Denn es liegt in der Natur der Sache, daß die einzelnen — ganz heterogene Zwecke verfolgenden Juristenschriften entnommenen — Fragmente nur mit einer gewissen Gewaltsamkeit[11a]) sich zusammenschweißen ließen. Dies erhellt

[10]) A. a. O., S. 71 u. 72.

[11]) A. a. O., S. 54, 61 u. 71.

[11a]) So auch Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 6, S. 13: „Kein einheitlicher Gedanke führt also von der einen Stelle zur andern."

schon aus einer genaueren Betrachtung der l. 9 und der l. 10 in ihrer Gesamtheit. Für die ganze Ulpians lib. 26 ad Edictum entstammende l. 9 ist der Grundgedanke die Zulässigkeit der condictio, während das Ulpians lib. 2 ad Edictum entnommene Excerpt der l. 10 schon in seiner ganzen Fassung zeigt, daß hierbei von völlig anderem Gesichtspunkte ausgegangen wird. Denn hier ist die condictio garnicht einmal erwähnt; für die l. 10 ist die Feststellung des Zeitpunkts, in welchem das „creditum" eintritt, die Hauptsache. Nur der Gegensatz im äußeren Tatbestande, wie er sich aus der im Schlußparagraphen der l. 9 nachträglich erteilten, und der in l. 10 im vornhinein erteilten Gebrauchserlaubnis ergibt, dürfte die Redaktoren des Corpus juris zur Einfügung der l. 10 im Anschluß an l. 9 § 9 veranlaßt haben. Nimmt man die Sonderexistenz des depositum irregulare an, so schließt der Umstand, daß das äußere Tatbestandsmoment der Erteilung der Gebrauchserlaubnis und damit der Eigentumsübergang, sowohl dem mutuum, wie dem depositum irregulare gemeinsam ist, im Verein mit der ersterwähnten Tatsache, daß Titel 1 des zwölften Buches von den Creditgeschäften überhaupt handelt, die Annahme einer l. 9, l. 10 und l. 11 beherrschenden Einheitsidee der Redaktoren, lediglich von Fällen des Mutuums sprechen zu wollen, aus. Zum Mindesten aber liegt kein zwingender Grund zu einer solchen Annahme vor. Dies zeigt auch schon die isolierte Stellung, die Niemeyer mit seiner Meinung einnimmt.

Die richtige Ansicht vertreten dagegen Donner[12]) und Best[13]). Der Letztere sagt diesbezüglich: „In dem Zusammenhange mit l. 9 § 9 ist der Sinn der l. 10 so klar wie nur möglich. Ob depositum irregulare oder mutuum vorliegt, will der Jurist nicht entscheiden. Er will nur feststellen, in welchem Moment ein Creditum in der engeren Bedeutung vorhanden ist." Es kann hier also sowohl das

---

[12]) A. a. O., § 5, S. 36.
[13]) A. a. O., § 8, S. 59/60.

eine wie das andere angenommen werden. Der Fall der l. 10 paßt für beide Geschäftsarten. Denn wenn auch das mutuum das creditum κατ' ἐξοχήν[14]) ist, so trifft der äußere Tatbestand desselben hier auch für das depositum irregulare zu. Lediglich auf den inneren Zweck des Geschäfts aber, der in der Stelle nicht zum Ausdruck gebracht ist, kommt es an, wenn man sich für depositum irregulare oder mutuum entscheiden will.

Einen ganz anderen Standpunkt für die Beurteilung der vom Deponenten in der l. 10 erteilten Gebrauchserlaubnis nehmen Neustetel und Heimbach[15]) ein. Sie halten die Erteilung der Gebrauchserlaubnis nicht für eine einseitige Willenserklärung des Deponenten. Beide erblicken in dem „si voles" eine suspensive Potestativbedingung. Die Annahme einer solchen läßt den Charakter der Parteivereinbarung in einem völlig anderen Lichte erscheinen. Es wären dann zwei negotia gleichzeitig zustande gekommen, einmal das depositum regulare, für welches dann infolge der Worte „si voles" die Willensänderung des Depositars eine hinzugefügte Resolutivbedingung wäre, und sodann, von derselben Willensänderung des Depositars suspensiv bedingt, das Umwandlungsgeschäft. Denn nach dieser Konstruktion müßte der Depositar seinen Willen alsbald bei Abschluß des Hinterlegungsvertrages etwa mit den Worten: „faciam si volam" erklärt haben. Eine Probe auf das Exempel dürfte am Besten die Brauchbarkeit oder Unzweckmäßigkeit einer solchen Konstruktion ergeben.

Das depositum regulare ist unter der Resolutivbedingung der Willensänderung des Depositars abgeschlossen. Diese Bedingung tritt ein: Vermöge der rückwirkenden

---

[14]) Brückner, a. a. O., S. 68.

[15]) Neustetel, a. a. O., § 1, S. 7. Heimbach, Die Lehre von dem Creditum, 4. Abhandl., S. 134 ff. u. 12. Abhandl. unter D, Seite 432, 436. Ebenso auch Sintenis, Über stillschweigende Novation, S. 145.

Kraft[16]) der Bedingung lebt also der frühere Zustand nach rückwärts hin wieder auf, d. h. zwischen den Parteien ist kein depositum regulare abgeschlossen worden, das juris vinculum gilt als nicht gesponnen. Da die das depositum regulare aufhebende Resolutivbedingung, die Willensänderung des Depositars, gleichzeitig Suspensivbedingung für das Zustandekommen des depositum irregulare oder je nachdem des mutuum ist, so wird dieses nunmehr voll wirksam und gilt als von Anfang an geschlossen. Auf den ersten Blick hat diese Konstruktion etwas Bestechendes, insofern sie in der scheinbar einfachsten Weise das weiter unten im § 11 der Abhandlung zu lösende Problem der Beseitigung der zunächst vollwirksam abgeschlossenen Obligation und deren Ersetzung durch eine andere aus dem Wege räumt. Die Unmöglichkeit dieser Konstruktion liegt aber in dem Begriffe der Obligation als eines juris vinculum begründet, quo necessitate adstringimur

---

[16]) Die rückwirkende Kraft der Bedingung ist zwar sehr bestritten. Windscheid (Die Wirkung der erfüllten Bedingung, Abschnitt 3, S. 25 unten, Basel 1851; Pandekten, I, §§ 89, 91, S. 462 ff. bezw. S. 473 ff.) und Regelsberger (a. a. O., Bd. 1 § 156, S. 571 ff.) machen dieselben von der Parteiabsicht abhängig und verneinen sie im Zweifel. Nach Beiden aber liegt stets eine dingliche Gebundenheit vor. Mit Recht nennt Enneccerus (Rechtsgeschäft, § 16, S. 165) diese Gebundenheit einen Begriff, dem es noch an der genügenden Klarheit mangelt. Bezüglich der Folgen des Eintritts der Bedingung bei Forderungsrechten aber sind die römischen Quellen so klar und unzweideutig wie nur möglich. So sagt Gajus in l. 11 § 1 D. qui pot. 20/4: „cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset." Bei Eintritt der Bedingung soll es also so gehalten werden, als ob im Augenblick der Stipulation dieselbe bedingungslos erfolgt wäre. Vergl. ferner Pomponius in l. 16 D. de solut. et liberat. 46/3: „Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intelligitur jam olim liberatus;" l. 8 D. de rebus creditis 12/1; Paulus l. 8 de periculo et commodo rei 18/6: „constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi jam contracta emtione in praeteritum." Auf Grund der l. 9 § 1 D. qui pot. 20/4, in der African sagt: „Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum cui postea quicquam deberi coepit, si modo

alicujus solvendae rei[17]). Danach darf eine Obligation keinen derartigen Inhalt haben, daß es einzig vom Willen des Schuldners abhängt, ob und was zu leisten ist. Infolge des Rechtsinhaltes des depositum regulare ist nun der Depositar zur Verwahrung und Herausgabe des Geldes, und zwar eben derselben Stücke verpflichtet. Wie kann man aber von der necessitas einer solchen Verpflichtung sprechen, wenn es dem Schuldner, wie hier, bei Annahme der Willensänderung als einer dem zugleich mit dem depositum regulare abgeschlossenen Eventualgeschäft zugefügten Suspensivbedingung, freisteht, ob er dieser Verpflichtung nachkommen will oder nicht? So sagt denn auch Pomponius in l. 8 D. de obligationibus et actionibus 44/7 ausdrücklich: Sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio, pro non dicto enim est quod dare nisi velis cogi non possis[18]). Dementsprechend steht auch die

---

non ea condicio sit quae invito debitore impleri non possit" wollte man diese Rückziehung der Bedingung, selbst wenn sie sonst zugegeben wurde, dann nicht zulassen, wenn der Wille des Verpflichteten als Bedingung gesetzt war. (Vergl. Wächter, Pandekten, Bd. I, § 78 Beil. III, S. 393; Dernburg, Pandekten, Bd. I, I. Abteilung, § 108, S. 253 u. § 111, S. 259). Diese Schlußfolgerung aber ist ungerechtfertigt. Der Inhalt der l. 9 § 1 D. 20/4 geht nicht dahin, daß eine Bedingung, deren Eintritt oder Nichteintritt von dem Belieben des Schuldners abhängt, hinsichtlich der rückwirkenden Kraft gegenüber den sonstigen Arten von Bedingungen eine Sonderstellung einnehmen solle, sondern African hebt nur deswegen hervor, daß im Falle einer so gearteten Bedingung der sub condicione creditor nicht gegenüber einem später hinzutretenden Gläubiger geschützt zu werden brauche, weil unter einer solchen Bedingung nulla fit obligatio. Vergl. diesbezüglich den folgenden Text des § 7 der Abhandlung und Anmerkung 18.

[17]) Vergl. auch l. 3 pr. D. de obligat. et act. 44/7: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

[18]) Vergl. die ähnlichen Ausführungen Ulpians in l. 7 pr. D. de contrah. emtione 18/1; l. 17 D. de verborum obligationibus 45/1; des Paulus in l. 46 § 3 und des Javolenus in l. 108 § 1 D. ibid.

herrschende Doktrin[19]) auf dem Standpunkte, daß eine Einwilligung unter der Bedingung der Einwilligung in Wirklichkeit keine Einwilligung sei, und daß es demzufolge unmöglich sei, Geschäfte durch Bedingungen in die reine Willkür des Promittenten zu stellen. Selbst Dernburg[20]), der diesbezüglich einen besonderen Standpunkt einnimmt, sagt: „Es ist eine Frage der Auslegung, ob man sich durch die Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch garnicht binden, oder ob man sich bedingt binden will." Die Römer unterschieden hier jedenfalls zwischen dem bloßen „velle" und dem „placere". Handelt es sich um das letztere, so nahmen die römischen Juristen, wie aus § 4 J. de emt. et vend. 3/24 sich ergibt, eine bedingte Obligation an. Anders dagegen, wenn, wie in der zur Erörterung stehenden l. 10 versprochen wird, „si volam". Dann ist, wie die oben angeführten Quellenstellen erweisen, nach römischer Rechtsanschauung anzunehmen, daß man sich noch garnicht binden wollte. Die Auffassung des „si voles" als suspensive Potestativbedingung, wie sie in der Neustetel-Heimbach'schen Konstruktion vertreten wird, ist deshalb unhaltbar und abzulehnen.

Zu demselben Ergebnis führt die Betrachtung der sachenrechtlichen Bedeutung der unter Hinzufügung der Worte „si voles" vom Deponenten erteilten Gebrauchserlaubnis.

Da, wie oben festgestellt,[21]) zunächst ein depositum regulare vorlag, so sind die Beziehungen zwischen dem Deponenten und dem Depositar hinsichtlich des Eigentums und des Besitzes mit Abschluß des depositum regulare die gleichen, wie sie oben im § 4 dieser Abhandlung dargelegt worden sind. Es soll also zunächst kein Besitz und Eigentum übergehen, und der Depositar wahrt dem

[19]) Vergl. Brinz, Bd. 4, S. 135, § 539; Unger in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 3, Nr. 7, S. 397 und in Iherings Jahrb., Bd. 25, Nr. 6, S. 328 ff.; Windscheid, Bd. 1, § 93, S. 483 ff.

[20]) Pandekten Bd. 1, I. Abteilung, § 108, S. 253, Anm. 5.

[21]) Vergl. S. 43 dieser Arbeit.

Deponenten als dem Besitzer und Eigentümer die Detention. Dadurch, daß der Deponent dem Depositar von vornherein erlaubt, das Geld „wenn er wolle“ zu gebrauchen, erklärt er, daß er gegebenenfalls auch zur Übereignung und Besitzübertragung auf den Depositar bereit sei. Der Wille des Depositars aber stimmt hiermit vorläufig noch nicht überein, denn sonst wäre die Hinzufügung der Worte „si voles“ überflüssig, und es könnte von einer Wahrung der Detention durch den Depositar, wie sie das zunächst bestehende depositum regulare erforderlich macht, keine Rede sein. Sehen wir nun mit Neustetel und Heimbach in den Worten „si voles“ die Hinzufügung einer suspensiven Potestativbedingung, so schließt unter den gegebenen Verhältnissen die Hingabe der 10 Geldstücke an den Depositar unter der Erteilung der Gebrauchserlaubnis die Erklärung des Deponenten in sich, bis zum Eintritt der Willensänderung des Depositars den juristischen Besitz und Eigentum behalten zu wollen, zugleich liegt aber auch in der Annahme durch den Depositar unter den gegebenen Verhältnissen die Erklärung des Depositars, für den Deponenten die Detention wahren zu wollen. Beide Erklärungen — oder genauer ausgedrückt der durch sie kundgegebene Wille der Vertragsparteien — sind durch den Eintritt der Willensänderung des Depositars resolutiv bedingt. Dies ist die sachenrechtliche, Eigentum und Besitz an den Grundstücken unverändert lassende Grundlage, wie sie für das unter einer Resolutivbedingung abgeschlossene depositum regulare[22]) gegeben ist. Im Hinblick aber auf das nach Neustetel und Heimbach gleichzeitig zustande gekommene Umwandlungsgeschäft ist der Eintritt der Willensänderung des Depositars Suspensivbedingung für die in der vereinbarten Gebrauchserlaubnis implicite enthaltenen Erklärungen einerseits des Deponenten, im Falle des Eintritts der Bedingung Besitz und Eigentum an den Geldstücken aufgeben und auf

[22]) Vergl. oben Seite 29 ff. und 43 ff. der Abhandlung.

den Depositar übertragen, andererseits des Depositars, die Detention nicht mehr für den Deponenten wahren und Besitz und Eigentum erwerben zu wollen. Es handelt sich also hierbei um eine bedingte Tradition, für welche das Umwandlungsgeschäft die causa bildet. Wenn auch die tatsächliche Übergabe der Geldstücke notwendig etwas Unbedingtes ist, so ist gleichwohl die Zulässigkeit der Hinzufügung von Bedingungen jeder Art zu der Tradition in ihrer Eigenschaft als Übereignungsakt unbestritten.[23]) Es bedarf keiner Hervorhebung, daß zunächst keinerlei Rechtswirkungen aus dieser bedingten Tradition sich bemerkbar machen, sie ist aber die konstitutive Tatsache, die den Keim dazu in sich trägt. Der Abschluß des bedingten Umwandlungsgeschäftes an sich würde beim Eintritt der Bedingung lediglich eine persönliche Forderung des Depositars gegen den Deponenten auf Tradition der Geldstücke begründen. Wenn nun aber auch durch die bedingte Tradition sogleich weder Eigentum noch Besitz übertragen wird, so wird dadurch doch für den Fall des Eintritts der Bedingung eine über das Persönliche hinausgehende dingliche Wirkung erzielt, dies besonders, wenn man die Rückziehung der Bedingung annimmt. Zwar vollendet sich die Übereignung erst mit der Besitzübergabe, und ist es klar, einmal, daß die bedingte Überlassung des juristischen Besitzes an sich möglich ist[24]), sodann aber auch, daß der Deponent, der den Besitz nur unter der Suspensivbedingung der Willensänderung des Depositars aufgibt, nicht den Besitz verliert. Von Ulpian wird dies in l. 34 in fin. pr. D. de adqu. vel am. poss. 41/2 ausdrücklich mit den Worten festgestellt: „. . . ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione

---

[23]) cfr. Julian in l. 38 § 1 in fin. D. 41/2: „ . . . existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit“ und Dernburg, Pand. Bd. I, 2. Abt. § 215, S. 497.

[24]) Vergl. in Note 23 zu diesem Paragraphen die zitierte l. 38. § 1 D. 41/2.

recessit de possessione.“ Der Deponent verliert den Besitz und damit das Eigentum erst in dem Augenblicke des Eintritts der Bedingung, nämlich in dem Momente der Willensänderung des Depositars. Diese steht fest, wenn der Depositar sich entweder ausdrücklich erklärt oder aber, wenn er sich der Geldstücke durch Anrühren zum Zwecke des Gebrauchs bemächtigt. Spätestens also in diesem Momente würde der Deponent den Besitz, selbstverständlich aber auch schon früher verlieren, wenn der Depositar seine Willensänderung ausdrücklich erklärt, was jedoch, wenn die Gebrauchserlaubnis von vornherein vereinbart ist, kaum geschehen dürfte, da der einfacher zum Ziele führende Weg das Anrühren der Geldstücke ist. Da es sich lediglich um Feststellung des Willens des Depositars als einer konfirmatorischen Tatsache handelt, so brauchte eine solche Erklärung auch nicht gegenüber dem Deponenten abgegeben zu werden, sie kann vielmehr jedem Dritten gegenüber erfolgen. Von dem Augenblicke der ausdrücklichen Erklärung oder des Anrührens der Geldstücke zum Gebrauche an ist also der beiderseitige Übereignungswille vorhanden[25]). Da der Depositar

[25]) Dieser ist erforderlich, da die Auffassung der Tradition als Vertrag nach den Quellen und der herrschenden Doktrin die allein richtige ist. Savigny, System, § 140, Bd. 3, S. 312; Exner, Die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition, Abschn. I, S. 8 ff. und Dernburg, Pand. Bd. I, 2. Abt., § 213, S. 493 treten für sie ein. Die Ansicht Schloßmanns, Vertrag, S. 94, 99 ff. und Pernices in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 25, S. 109 ist aus dem Grunde nicht richtig, weil der Wille des Eigentümers sich wohl des Eigentums begeben, die Sache zu einer herrenlosen machen, nicht aber aus eigener Machtvollkommenheit das Eigentum eines anderen daran begründen kann. Der Erwerber wird seinerseits nur dadurch Eigentümer, daß er sich der Sache mit dem Willen rem sibi habendi bemächtigt. Der Eigentümer gibt die Sache aus seiner Machtsphäre frei, die im selben Moment durch die Bemächtigung des Erwerbers in des Letzteren Machtsphäre übergeführt wird. Vergl. Javolenus in l. 55 D. de obl. et act. 44/7: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa

bereits die Detention der Geldstücke hat[26]), so verwandelt sich diese mit dem Eintritt der Bedingung in juristischen Besitz, und das Eigentum geht über. Gilt dieser Übergang nun vermöge der rückwirkenden Kraft der Bedingung als von Anfang an eingetreten?

Die Frage der rückwirkenden Kraft bei der bedingten Eigentumsübertragung ist zwar noch bestrittener, als die Frage der Rückziehung der Bedingung auf dem Gebiete des Obligationenrechts. Sell[27]) war es, der unbedenklich auch bei der bedingten Eigentumsübertragung Rückziehung annahm, während Enneccerus[28]) sie ebenso entschieden verneinte, und Vangerow[29]) einen vermittelnden Standpunkt einnimmt. Richtig ist, daß die Prüfung der in Betracht kommenden Quellenstellen keine zwingende Direktive für eine einheitliche Lösung der Controverse ergibt. In l. 9 § 1 D. de jure dotium 23/3 läßt nämlich Ulpian nach dem Ableben desjenigen, der die dos für den Fall der Verheiratung bestellt hat, das Eigentum nur favore dotium, damit die Frau nicht indotata bleibe, ipso jure auf den Ehemann übergehen, Ulpian betrachtet dies also als jus singulare. Die beiden, einem gleichen, jedoch früheren Zeitalter als Ulpian angehörigen Juristen Julian[30]) und Pomponius[31]) erachten dagegen die Retro-

---

contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. Ebenso Julian in l. 36, l. 37, § 1 D. 41/1; l. 10 D. de don. 39|5.

[26]) Dernburg, Pand. Bd. I, 1. Abt., § 109, S. 255, Anm. 7 sieht diese Konstruktion, wenn er sie auch für denkbar hält, als etwas überaus Künstliches an. Auch Ihering (Geist des röm. Rechts, 3. Teil § 53 S. 169 ff.) ist ein Gegner derselben, während ihre Zulässigkeit von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen 1871, II. Bd., § 35, S. 141 ff verteidigt wird. Vergl. auch die oben in Note 23 wiedergegebene l. 38, § 1 D. 41/2.

[27]) W. Sell, Bedingte Traditionen, 1839, besonders § 12, S. 105|14 u. §§ 31, 32, S. 216/227.

[28]) Rechtsgeschäft, S. 442 ff. § 59.

[29]) A. a. O., Bd. I, § 95, S. 146.

[30]) l. 2 § 5 D. de donat. 39/5.

[31]) l. 8 D. de rebus creditis 12/1.

traktion der Bedingung auch hinsichtlich der Eigentumsübertragung als allgemein maßgebend. Ersterer sagt, daß, wenn ich von Titius Geld unter der Bedingung übergeben erhalte, daß es alsdann mein Eigentum werden solle, wenn Sejus Consul geworden sei, ich mit der Erlangung der Consulatswürde durch Sejus das Eigentum an dem Gelde erwerbe, selbst wenn Titius zu jenem Zeitpunkte geisteskrank geworden oder gestorben sein sollte. Dies bedingt notwendigerweise die Retrotraktion der Bedingung, da ich sonst nicht ohne den Willen der Erben des Titius Eigentümer werden könnte. Pomponius aber erklärt in l. 8 D. de reb. cred. 12/1, daß, wenn die Bedingung der Übereignung eintritt, das Darlehn im Augenblick der Hingabe zustande gekommen sei. Daher muß auch, weil ein Darlehn erst mit der Übereignung rechtswirksam wird, der bedingte Eigentumsübergang auf den Augenblick der Hingabe zurückgezogen werden. Obschon hiernach die Quellenstellen zeigen, daß unter den klassischen Juristen zum Mindesten keine einheitliche Ansicht über die Frage der Rückziehung der Bedingung bei einer bedingten Eigentumsübertragung bestand, so darf doch nicht vergessen werden, daß die Theorie der Bedingungen eigentlich einzig und allein durch die Rückziehung ihre Berechtigung findet. Nach Dernburg[32]) verliert sie ihren Halt, wenn man die Rückziehung leugnet. Gerade bei der bedingten Eigentumsübertragung wäre der Erwerber sonst ein Spielball der Willkür des Veräußerers, indem dieser nach dem Geschäftsschlusse noch alle möglichen Verfügungen bezüglich der Sache vornehmen könnte. Auch die Wirksamkeit der bedingten Tradition, falls der Veräußerer oder der Erwerber vor Eintritt der Bedingung stirbt oder geisteskrank wird, wäre eine notwendige, im höchsten Grade jedoch unbillige Konsequenz.

Ergibt sich sonach die Retrotraktion als billige Voraussetzung des Wesens der Bedingung überhaupt, so ist in

[32]) Pandekten, Bd. I, 1. Abt. § 111, S. 259.

ihr der Grund der Unhaltbarkeit der Neustetel-Heimbachschen Konstruktion in sachenrechtlicher Beziehung zu suchen, denn die Auffassung des „si voles" als suspensive Potestativbedingung ist dann schlechterdings nicht vereinbar mit dem Eigentumsbegriff als der abstrakten und ausschließlichen privatrechtlichen Herrschaft über eine Sache in ihrer Totalität, kraft deren sie einer Person gehört[33]). Dadurch, daß der Wille des Depositars als Bedingung gesetzt ist, übt er — der Depositar — die tatsächliche und rechtliche Herrschaft über die Geldstücke. In Wirklichkeit entscheidet er über ihr Rechtsschicksal. Ja noch mehr, er könnte sich infolge der rückwirkenden Kraft der Bedingung, weil eben der Eintritt der Bedingung eine bloß konfirmatorische Tatsache ist, nachträglich zum Eigentümer machen für einen Zeitpunkt, zu dem sein Wille noch gar nicht darauf gerichtet war. Die Konstruktion des „si voles" als der Tradition hinzugefügte suspensive Potestativbedingung ist daher auch für die sachenrechtlichen Beziehungen zwischen dem Deponenten und dem Depositar unmöglich

Der Parteiintention genügt daher m. E. lediglich die Konstruktion als einseitige Ermächtigung, als Offerte des Deponenten zur traditio brevi manu[34]), welche der Depositar durch Anrühren des Geldes zum Gebrauche oder durch ausdrückliche Erklärung zur Perfektion bringt. Bei dieser Konstruktion kann der Deponent jederzeit seine Offerte zurückziehen, seine Befugnisse als Eigentümer der Geldstücke sind bis zur Annahme der Offerte durch den Depositar in keiner Weise eingeschränkt.

Die Offerte zur brevi manu traditio ist vom Deponenten

---

[33]) Salkowski, Institutionen, § 87, S. 214. Wegen ihres modernen Zuges ist die von Gothofredus in seiner Note zu l. 20 C. de pact. 2/3 gegebene Definition des Eigentums interessant: „Dominium est jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lex obstet."

[34]) Vergl. die oben am Schlusse des § 6 dieser Abhandlung bezüglich der brevi manu traditio gemachten eingehenderen Ausführungen.

durch die seinerseits von vornherein erfolgte Erteilung der Gebrauchserlaubnis derart gestellt, daß ihre sofortige Ausführung durch Ausnutzung der Gebrauchserlaubnis durch den Depositar Annahme sein soll. Gemäß dem Willen des Deponenten kommt die Tradition dann also zustande, ohne daß es einer Mitteilung seitens des Depositars oder der Kenntnis des Deponenten bedarf.

Daß die traditio brevi manu in dem Augenblicke des Anrührens der Geldstücke perfekt wird, leuchtet nach dem Ausgeführten ohne weiteres ein. Wie ist es aber mit der anderen Behauptung, daß auch mit der ausdrücklichen Erklärung der Willensänderung des Depositars dieselbe zustande komme? Steht dies nicht mit den Worten der Stelle „creditam non esse antequam mota sit" in Widerspruch? Diese Frage ist zu verneinen: sobald der Depositar seinen Willen, von den Geldstücken Gebrauch machen zu wollen, ausdrücklich erklärt, liegt der beiderseitige Übereignungswille vor. Die Zustimmung des Deponenten zum Besitzerwerbe des Depositars liegt vor in der von vornherein durch den Deponenten erteilten Gebrauchserlaubnis, der animus possidendi des Depositars zeigt sich in seiner ausdrücklichen Erklärung. Der Depositar hat bereits die Detention. Zur Apprehension der Geldstücke ist daher nach den oben in § 6 der Abhandlung vorgetragenen, auf l. 9 § 1 de Publiciana in rem actione 6/2 fußenden Ausführungen das Verbleiben der Geldstücke bei dem Depositar ausreichend. Auch hier erwirbt also der Depositar nicht solo animo Besitz. Wenn Ulpian in der l. 10 hervorhebt, daß das Geld vor dem Anrühren nicht kreditiert sei, so tut er dies lediglich, wie sich aus der darauf folgenden Begründung „quoniam debitum iri non est certum" ergibt, weil, sofern der Depositar seinen Willen, die Geldstücke zu gebrauchen, nicht ausdrücklich erklärt, aus keinem anderen Moment als aus dem Anrühren der Geldstücke zum Gebrauche auf den Willen des Depositars zur Annahme der Übereignungsofferte des Deponenten geschlossen werden kann,

die Wahrscheinlichkeit aber, daß eine ausdrückliche Erklärung erfolgt, wie bereits oben hervorgehoben, der zwecklosen Umständlichkeit halber sehr gering ist. Erfolgt sie dennoch, so braucht sie gleichwohl nicht gegenüber dem Deponenten abgegeben zu werden, obschon sie hier konstitutive Tatsache ist, da, wie oben betont, nach Lage der Sache die Ausführung der Offerte ihre Annahme sein soll, und der Deponent gar keine besondere Annahmeerklärung mehr erwartet.

§ 8.

Die Umwandlung in ein mutuum.

Zuzugeben ist, daß, wenn die Offerte zur Umwandlung von dem Deponenten ausgeht, eine geringere Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß das Interesse an der Umwandlung auf der Seite des Depositars liegt. Verfehlt ist aber nach meiner Ansicht die Brinz'sche [1]) sogenannte Rogationstheorie, wonach für den Charakter des zustandekommenden Geschäfts lediglich die Frage maßgebend sei, wer die Umwandlung nachgesucht habe.

Gewiß ist nicht zu verkennen, daß ein Vorteil, ja man kann sogar sagen, ein gesunder juristischer Kern in dieser Theorie insofern steckt, als sie Zweifel und Bedenken, wie die Entscheidung von Fall zu Fall beseitigt und ein für allemal Klarheit zu schaffen sucht, indem sie ein auf äußere Merkmale sich stützendes generelles Auslegungsprinzip aufstellt. Es ist aber sehr wohl denkbar, daß, obgleich die Initiative vom Deponenten ausgeht, dennoch das Interesse an der Umwandlung auf der Seite des Depositars liegt. Ein Blick in das Wirtschaftsleben dürfte verständlich machen, daß die Offerte zum Abschluß eines Depositums keineswegs immer vom Deponenten, und umgekehrt die Offerte zum Abschluß eines mutuum durchaus nicht stets vom Empfänger des mutuum auszugehen braucht. Der hospes, der seinem zugereisten Gaste

[1]) Vergl. Brinz, Pandekten, 3. Buch, 2. Teil § 317, S. 602.

anbietet, die Gelder zu dessen Sicherheit in Verwahrung zu nehmen, will sicherlich das Geld nicht als mutuum haben. Andererseits, wie häufig kommt es nicht vor, daß ein argentarius seinem Geschäftsfreunde aus den bei diesem deponierten Geldern ständigen Kredit eröffnet, dessen sich dieser bedienen kann, ohne erst den argentarius darum anzugehen! Diesem ist gerade an der wirtschaftlich vorteilhaftesten Ausnutzung seiner Gelder gelegen, wie überhaupt Leute mit überschüssigem Kapital es sehr gern ausleihen wollen. Für Depositen erhalten sie gar keine Zinsen oder doch nur zu äußerst geringem Zinsfuß, nicht so dagegen beim mutuum. Hier pflegte man ziemlich hohe Zinsen zu stipulieren. Soll daher lediglich deswegen, weil diese Leute im Interesse der möglichst rentablen Ausnutzung ihrer Kapitalien den Abschluß eines mutuum anbieten, das Geschäft wegen dieses äußeren Umstandes, der das innere Wesen des Geschäfts garnicht berührt, zum depositum irregulare werden? Der eminent wirtschaftliche Unterschied zwischen mutuum und depositum würde auf diesem Prokrustesbett arg mißhandelt werden. Und warum? Blos um eine juristische Schablone zur generellen Beurteilung ihrem innerem Wesen nach sehr verschiedener Tatbestände zu erhalten.

Die Brinz'sche Rogationstheorie wird darum den im jeweiligen Falle vorliegenden besonderen Interessen nicht gerecht, was nur durch die allerdings mühevollere Entscheidung von Fall zu Fall erreicht werden kann.

Aus dieser Erwägung heraus und da, wie im § 7 der Abhandlung festgestellt ist, die Wendung „creditam non esse" nur in dem engeren, das mutuum und das depositum irregulare umfassenden Sinne aufgefaßt werden kann, ist zunächst die Möglichkeit der beabsichtigten Umwandlung des regulären depositum in ein mutuum auf Grund der Offerte des Deponenten einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

Was zunächst die Schwierigkeiten anbelangt, die sich für die Umwandlung des depositum regulare in ein mutuum aus

der Realkontraktsnatur des letzteren ergeben, so kann diesbezüglich auf die oben in den §§ 5 und 6 der Abhandlung gemachten Ausführungen verwiesen werden, da diese im vollen Maße auch hier zutreffen.

Die spezielle Aufgabe dieses Paragraphen ist es, sich mit den Verschiedenheiten zu befassen, die für die Umwandlung des depositum regulare in ein mutuum gegenüber dem in der interpretierten l. 9 § 9 gegebenen Falle sich aus der hier vom Deponenten ausgehenden Offerte zur Umwandlung in ein mutuum ergeben.

Wie nun oben [1]) festgestellt, kommt das mutuum stets dann zustande, wenn consensus und res vorliegen. In der l. 9 § 9 war die Darlehnsofferte vom Depositar ausgegangen. Das mutuum kam daher dort mit dem Augenblicke der Erteilung der Gebrauchserlaubnis durch den Deponenten zustande, weil diese als Annahme der Offerte anzusehen war, und zu diesem Zeitpunkt also Parteienkonsens und Sachleistung durch Eigentumsübertragung vorlag. Der Konsens in der l. 10 aber liegt vor, sobald der Depositar sein Einverständnis mit der Begründung des mutuum entweder ausdrücklich erklärt oder durch konkludente Handlung, wie das Anrühren des Geldes, zum Ausdruck bringt, die res dagegen mit Übermachung der Darlehnsvaluta. Im vorigen Paragraphen ist festgestellt worden, daß der Depositar durch brevi manu traditio in dem Augenblicke seiner ausdrücklichen Erklärung, von der Gebrauchsgestattung Gebrauch machen zu wollen, oder aber mit dem Anrühren der Geldstücke zum Gebrauche das Eigentum daran erwirbt. Sofern also die Begründung eines mutuum die von den Parteien erstrebte Absicht ist, d. h. Überlassung der Geldstücke zum Gebrauch im Interesse des Depositars, ist das mutuum zu dem Zeitpunkte entweder der ausdrücklichen Erklärung des Depositars oder des durch diesen erfolgten Anrührens der Geldstücke zum Gebrauch zustande gekommen. Erst

[1]) Vergl. S. 32 ff. der Abhandlung.

in diesem Augenblicke certum est debitum iri, erst jetzt ist die für das mutuum charakteristische, streng einseitige Obligation, die condictio certi erzeugt, und die pecunia sine ulla condicione deducitur in obligationem.[2])

§ 9.
Das depositum irregulare.

Eine Abart des depositum regulare war die Deponierung von Geld oder anderen Fungibilien unter der Vereinbarung, daß tantundem ejusdem generis, nicht idem zurückerstattet werden solle. Das depositum irregulare betrifft also stets eine Genusschuld. Da dieses Rechtsinstitut in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnt wird, so entbrannte, wie in § 1 dieser Arbeit[1]) bereits hervorgehoben ist, infolge seiner Darlehnsähnlichkeit ein wissenschaftlicher Streit um seine Sonderexistenz zwischen depositum und mutuum.

Eine erschöpfende Erörterung dieser Kontroverse gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlung. Für unsere Aufgabe interessiert nur die Feststellung der Eigentümlichkeiten dieser Art von Rechtsgeschäften und deren Berück-

---

[2]) Gaj. III § 124: „Pecuniam creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri i. e. quae sine ulla condicione deducitur in obligationem.“ Diese Erläuterung des zur Zeit des Gajus und des Ulpian also anscheinend sehr gebräuchlichen debitum iri certum esse durch den ein Menschenalter vor Ulpian lebenden Gajus könnte übrigens leicht den Anschein erwecken, als habe Ulpian bei Angabe seines Entscheidungsgrundes, wie Neustetel und Heimbach die Hinzufügung der Worte „si voles“ bei Erteilung der Gebrauchserlaubnis als Suspensivbedingung angesehen. Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion aber dürfte oben zur Genüge dargetan sein, und Ulpian selbst die Worte nur in dem Sinne gebraucht haben, daß erst aus dem Anrühren der Geldstücke zum Zwecke des Gebrauchs auf den Willen des Depositars zur Annahme der Darlehnsofferte geschlossen werden könne, also erst von diesem Momente ab die Darlehnsschuld oder das depositum irregulare feststehe, und die Ungewißheit des Rechtsschicksals der Geldstücke beseitigt sei.

[1]) Vergl. S. 15 ff. der Abhandlung.

sichtigung durch die Jurisprudenz. Schon der von der gemeinrechtlichen Wissenschaft kreierte Name gibt uns ein wenn auch unbestimmtes Bild derselben. Depositum irregulare wurde dieses Geschäft deswegen genannt, weil im Gegensatz zum Darlehn darin immer noch das Grundprinzip des depositum herrschte, wie es durch die oben[2]) citierten Worte des Gajus in der l. 1 § 5 D. de obligationibus et actionibus 44/7 festgelegt ist. Der Empfänger eines depositum irregulare will dem Geber einen Dienst erweisen[3]), indem er ihm die Mühe des Verwahrens der Geldsumme abnimmt, wie z. B. eine Herrschaft, die das Geld ihrer Dienstboten in ihrer — der Herrschaft — Kasse aufhebt. Nicht aber will der Empfänger des irregulären Depositums sich, wie beim mutuum, in erster Linie die Kaufkraft des Geldes zu Nutze machen, obwohl sekundär auch dieses Moment mitsprechen kann, wie z. B. bei Depositen, welche Banken entgegennehmen. Der Unterschied zwischen depositum irregulare und mutuum ist in wirtschaftlicher Beziehung daher eminent und kann deshalb auch juristisch nicht unberücksichtigt bleiben. Er bedingt somit eine vom Darlehn verschiedene juristische Gestaltung. Jedenfalls wurde eine solche von den klassischen Juristen anerkannt[4]).

---

[2]) Vergl. S. 29 der Abhandlung.

[3]) Von falschen Voraussetzungen geht daher Accursius in seiner Note zu l. 1 § 35 D. 16, 3 aus, wenn er bezüglich des Ausspruches dieser Stelle, wonach es häufig geschehe, daß der Depositar die Gefahr zu tragen habe, sagt: „Idem dicendum, si vel mora, vel culpa, vel dolus praecessit casum, aut depositum fuit causa accipientis.“ Das depositum kann nach den obigen und S. 29 dieser Arbeit gemachten Ausführungen stets nur im Interesse des Deponenten zustande kommen, oder es verliert ein ihm eigentümliches essentiale negotii. Bei Deponierung einer fungiblen Sache würde das Geschäft zu einem mutuum, bei Deponierung einer sonstigen Sache zum commodatum werden. Vergl. auch Keller, Pandekten § 309, Bd II, S. 22.

[4]) Vergl. Alfenus in l. 31 D. locati 19/2; l. 1, § 34 D. Depositi vel contra 16, 3; Papinian in l. 24, l. 25 § 1 D. 16, 3; Paulus in l. 26 § 1, l. 29 § 1 D. 16, 3. Die l. 24 D. 16, 3 wird freilich in ihrer Beweiskraft durch einen in ihr enthaltenen Widerspruch

Für das gemeine Recht hat auch das Reichsgericht[5]) sich dieser Ansicht nicht verschließen können.

Diese besondere juristische Gestaltung kristallisiert sich praktisch in folgenden Leitsätzen: Bei den unter den Begriff des depositum irregulare fallenden Tatbeständen war stets die actio depositi gegeben. Da diese, wie oben[6]) hervorgehoben, ein judicium bonae fidei war, konnte hierbei, im Gegensatz zur condictio certi, eine Verurteilung auf Zinsen aus bloßem pactum[7]) oder als Folge der mora[8]) stattfinden. Die actio depositi hatte ferner infamierende Wirkung, nicht dagegen die condictio certi. Im Gegensatz zu dieser letzteren war ferner gegenüber der actio depositi das Zurückbehaltungsrecht und die Aufrechnung ausgeschlossen. Hiernach erweist sich also der Grundcharakter des depositum irregulare in klarer Weise als der eines Depositums.

Seine Ähnlichkeit mit dem mutuum aber zeigt sich in einem anderen Umstande. Mit Recht wird nämlich im

---

abgeschwächt, indem dort Papinian sagt: „Quod ita verum est (scil. depositi actionem locum habere), si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.“ Dernburg (Pand. Bd. II, § 93, S. 251, Anm. 2.) hält mit Recht dafür, daß diese Worte durch ein Versehen dahineingeraten seien. Nach seiner Ansicht sei es eine Glosse oder eine tadelnde Note Ulpians. Wie dem auch sein mag — denn es handelt sich hier um den allein möglichen, allerdings gefährlichen Pfad vager Vermutung —, Papinian kann nach der den erwähnten Worten vorhergehenden Fallerzählung und seinen sonstigen Ausführungen in der genannten Stelle diese Äußerung nicht getan haben, die außerdem auch zu seiner sonstigen, speziell in l. 25 D. 16|3 vertretenen Anschauung in direktem Widerspruch stehen würde.

[5]) E. R G. Ziv. Bd. 12, S. 85 ff.

[6]) Vergl. S. 29 der Abhandlung.

[7]) l. 24 D. Depositi vel contra 16/3.

[8]) l. 25 § 1 D. ejusdem tit. 16/3: „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est“.

Gegensatz zu Niemeyer[9]) von Bruckner[10]) und Löwenstein[11]) angenommen, daß neben der actio depositi beim depositum irregulare auch die condictio certi geltend gemacht werden konnte. Dies beruht auf dem Umstande, daß beim depositum irregulare das Eigentum an der deponierten Sache übergeht, und die Rückerstattungspflicht nur auf tantundem ejusdem generis geht, weshalb die dingliche Klage, die rei vindicatio, hier ebenso wie beim mutuum infolge des Eigentumsüberganges nicht mehr gegeben ist. Dieser Gedanke leuchtet auch durch die Ausführungen Papinians in l. 24 D. 16/3 hindurch, der daraus allerdings die Folgerung zieht, daß dann die actio depositi nicht mehr statt habe.

§ 10.

Die Umwandlung in ein depositum irregulare.

Für die Umwandlung des depositum regulare in ein depositum irregulare handelt es sich vornehmlich um die Frage, ob hier ebenso wie beim mutuum die Realkontraktsnatur es mit sich bringt, daß die Obligation erst mit dem Eigentumsübergange der Geldstücke auf den Depositar zustande kommt oder aber, ob die bloße Vereinbarung der Rückerstattung in genere genügt.

Für die Entscheidung dieser Frage ist zu beachten, daß, weil es sich beim depositum irregulare von vornherein um eine Gattungschuld handelt, der Deponent also gar keinen Wert darauf legt, dieselben Geldstücke zurückzuerhalten, es sich hier nicht wie beim depositum regulare um die Hingabe bestimmter Geldstücke, sondern lediglich um die Hingabe des wirtschaftlichen Wertes derselben zur Aufbewahrung handelt. Das depositum irregulare kommt also zustande, wenn die Hingabe dieses wirtschaftlichen Wertes an den Depositar zum Zwecke der Aufbewahrung erfolgt. Der wirtschaftliche Wert der Geldstücke aber macht sich lediglich in ihrem Gebrauch im Wirtschafts-

[9]) A. a. O., § 6, S. 58, § 9, S. 76.
[10]) A. a. O., S. 66/67.
[11]) A. a. O., S. 51 unten.

verkehr geltend. Dieser Gebrauch aber ist nur durch Verbrauch im rechtlichen Sinne möglich. Sobald von den Geldstücken wirtschaftlich Gebrauch gemacht wird, sind sie rechtlich verbraucht[1]). Nur wenn der Depositar die Geldstücke verbrauchen darf, verwahrt er nicht sie selber, sondern nur ihren Wert. Diese Befugnis zum Verbrauch aber setzt ex necessitate rei das Eigentum voraus. Dieses muß daher übertragen werden, wenn durch die Hingabe des wirtschaftlichen Wertes zur Aufbewahrung die Rückerstattungspflicht tantundem ejusdem generis erzeugt werden soll.

Das Ergebnis dieser Ausführungen läßt sich deshalb dahin zusammenfassen: Für das Zustandekommen des depositum irregulare ist auf Grund seiner Realkontraktsnatur denselben Erfordernissen zu genügen, wie beim mutuum, d. h., auch das depositum irregulare kommt erst zustande, wenn der Consens der Parteien und Übereignung der deponierten res vorliegt.

Da der Eigentumserwerb in dem Falle der l. 10 nach § 7[2]) für den Moment festgestellt worden ist, in welchem der Depositar ausdrücklich die Annahme der Traditionsofferte des Deponenten erklärt oder aber die Geldstücke zum Gebrauch anrührt, so kommt das depositum irregulare in diesem Augenblick zustande, wenn der Consens der Vertragsparteien vorhanden ist.

---

[1]) So auch Ulpian in l. 5, § 1 D. Si usus fructus petatur 7|5, wo er das Geld den verbrauchbaren Sachen gleichstellt: „Si pecuniae sit usufructus legatus, vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat videndum, finito usufructu, an pecunia, quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. Ähnlich auch § 2 J. de usufructu 2, 4: „quibus (scil. rebus, quae ipso usu consumuntur) proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur.

[2]) Vergl. oben S. 55 der Abhandlung.

§ 11.

Verhältnis der früheren zur neu begründeten Obligation.

Die Frage nach dem Verhältnis der früheren zur neubegründeten Obligation haben wir zu beantworten einmal bezüglich der Umwandlung eines depositum regulare in ein mutuum, wie sie nach l. 9 § 9 zweifellos stattfindet und nach der l. 10 möglicherweise beabsichtigt sein kann. Sodann ist dieses Verhältnis in Gemäßheit der l. 10 auch hinsichtlich der Umwandlung des depositum regulare in ein depositum irregulare zu betrachten.

Zunächst steht also die Umwandlung des depositum regulare in ein mutuum zur Erörterung.

Es liegt nahe, diese Umwandlung als eine Novation [1]) anzusehen, denn es ist offenbar, daß zwischen dem ursprünglichen depositum regulare und dem mutuum ein gewisser Zusammenhang besteht. Es fragt sich jedoch, ob hier der Zusammenhang zwischen der alten und der neuen Obligation nicht etwa bloß äußerlich, mechanisch, sondern rechtlich so erheblich ist, daß er dem quellenmäßigen Begriff der Novation genügt. In der l. 1 pr. D. de novat. et delegat. 46/2 wird die Novation definiert als die „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio". Die Ausdrücke „transfusio" und „translatio", insbesondere der erstere, bedingen es, daß eine innige Wechselwirkung zwischen der alten und der neuen Obligation vorhanden sein muß. Es kann von keinem „transfundere", einem Hinübergießen, oder einem „transferre", dem Hinübertragen der älteren Obligation in die neue, die Rede sein, wenn nicht in dieser das Wesen der älteren Obligation

[1]) Der Begriff der Novation an sich ist sehr bestritten. So sagt mit Recht Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, § 41, S. 125: „Was für eine Bedeutung die Novation habe, und wie eine solche heutzutage vorkommen könne, darüber findet man meist sehr unklare Ansichten." Vergl. auch die Ansicht Kohlers auf S. 104 dieser Abhandlung, Note 7.

fortlebt. Es handelt sich hier um keine Neuschöpfung[1]), sondern um Umwandlung, wie Dernburg[2]) richtig hervorhebt. „Das einmal begründete Kreditverhältnis wird in unveränderter Form fortgesetzt. Die Schuldpost bleibt dieselbe.“ Dernburg hat also Recht, wenn er die Lehre Windscheids[3]) zurückweist, daß das durch die Novation geschaffene Forderungsrecht nicht bloß der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes sei, denn das ältere römische Recht setzt für die Novation vollständige Übereinstimmung der Schuldgegenstände der beiden Obligationen voraus. Die novierende Obligation kann immer nur auf das Objekt der früheren Obligation gerichtet sein.[4])

Bei der demgemäß erfolgenden Prüfung der Umwandlung des ursprünglichen depositum regulare in ein mutuum ergiebt sich, daß von einer solchen Identität des Schuldgegenstandes, von einem Fortleben der früheren Obligation in der neuen, keine Rede sein kann. Denn abgesehen davon, daß es sich beim depositum regulare um eine Speziesschuld, beim mutuum jedoch nur um einen generell bestimmten Schuldgegenstand handelt, darf auf keinen Fall vergessen werden, daß es sich bei beiden Obligationen um materielle Rechtsgeschäfte handelt, für welche die Erreichung des Zwecks Bedingung des Bestehens ist, der Zweck dadurch aber als ein integrierender Bestandteil ihres Wesens zu gelten hat. Der Zweck beim depositum regulare ist Aufbewahrung mit dem Grundprinzip, dem Deponenten einen Gefallen zu erweisen. Das gerade Gegen-

---

[1]) Zu dieser Annahme könnte der Name und die ferneren Ausführungen Ulpians in der angeführten l. 1 pr. D. 46/2 „novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione“ verleiten. Er betont aber dabei zugleich ausdrücklich: „hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.“

[2]) Pandekten, Bd. II, § 59, S. 165. Vergl. auch Keller, Pandekten, § 276, S. 590.

[3]) Pandekten, Bd. II, § 353, S. 505.

[4]) Salkowski, Institutionen, § 162 IIIa, S. 447; Vergl. auch diesbezüglich Hruza, Zur Lehre von der Novation, § 1, S. 9.

teil aber liegt beim mutuum vor. Hier zielt der Zweck gerade auf das Verbrauchen der hingegebenen Geldstücke ab und zwar im Interesse des Empfängers des mutuum. Im ersten Falle handelt es sich um einen bestimmten Schuldgegenstand, im zweiten nur insofern um etwas Bestimmtes, als es sich um den, noch dazu von den Schwankungen des Wirtschaftslebens abhängigen wirtschaftlichen Wert, die Kaufkraft der Geldstücke, handelt, der Leistungsgegenstand selbst soll erst später individuell bestimmt werden. Die Verwandlung des depositum in ein mutuum ist daher grundsätzlich ganz anders geartet als die Novation, und mit Recht sagt Crome[5]): „Der Umstand, daß die bestehende Obligation aufgehoben und an ihre Stelle eine andere gesetzt ist, erzeugt noch lange keine Novation. Ein materielles Schuldverhältnis kann nicht durch Novation in ein anderes materiell charakterisiertes verwandelt werden.“ Es muß deshalb Salkowski[6]) zugestimmt werden, nach dessen Meinung es ganz zufällig und juristisch unerheblich sei, daß der Empfänger des Mutuums die 10 bereits aus einer früheren causa schuldete. Es findet keine juristische Wechselwirkung zwischen beiden Obligationen statt, sie bedingen sich nicht gegenseitig. „Aufhebung einer alten und Substituierung einer neuen Obligation fallen hier begrifflich auseinander und sind nur aus Fazilitätsrücksichten mechanisch zusammengeschweißt.“[7])

Die Konstruktion des Verhältnisses der ursprünglichen zur neubegründeten Obligation als Novation[7a]) ist

[5]) Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, § 26, S. 332. Ähnlich auch Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., S. 181 (2. Teil, § 24).

[6]) Salkowski, Zur Lehre von der Novation, § 2 S. 52.

[7]) Salkowski, a. a. O.

[7a]) Für die l. 10, in der Sintenis, Überstillschweigende Novation S. 145, das Beabsichtigen des bedingten Eingehens eines Darlehnskontraktes annimmt, lehnt dieser die Novation ab, weil ein von Anfang an zugestandenes Substituieren eines Rechtsgeschäftes für ein anderes nach Willkür eines Kontrahenten vorliege. Hiergegen vergl. S. 48 ff. der Abhandlung.

hiernach unmöglich. Eine Prüfung der sonstigen bisher in der Litteratur vertretenen Meinungen zeigt, daß Wendt[8]) in anerkennenswertem Maße der Realkontraktsnatur des Darlehns gerecht zu werden sucht, in diesem Bestreben aber gegen die Grundlagen verstößt, auf denen das Wesen beider Obligationen, der früheren wie der neuen, beruht. Indem er sich auf den Grundsatz beruft: „dedisse intellegendus est etiam is qui compensavit" kompensiert er die Solutionsleistung einerseits mit der Hingabe des Mutuums andererseits. Hierin liegt aber einmal hinsichtlich des depositum regulare die Nichtbeachtung der Vorschrift, daß die Kompensation gegenüber der Forderung auf Rückgabe eines Depositums ausgeschlossen ist, andererseits aber, daß eine solche Aufrechnung dem Zwecke des Mutuums, dem Empfänger in dessen Interesse die Kaufkraft der Darlehnsvaluta zur Verfügung zu stellen, direkt widerstrebt. Für das römische Recht aber liegt das größte und schwerste Bedenken gegen die Konstruktion als Kompensation darin, daß die Kompensation Gegenseitigkeit und Fälligkeit der Gegenforderungen zur Voraussetzung hat. Nach dem römischen Recht waren nuda pacta und demgemäß auch das pactum de mutuo dando, wie es hier vorausgesetzt werden muß, nicht klagbar, sie begründeten höchstens eine exceptio. Der Depositar hatte also gar keine fällige Gegenforderung[9]). Erst als nach der Rezeption durch Gewohnheitsrecht die nuda pacta volle obligatorische Wirkung erlangten, fiel für das gemeine Recht das in dieser Beziehung geltend gemachte Bedenken. Zudem ist die Kompensation keine Unterart der Zahlung,[10]) der Gläubiger erhält durch sie nicht den Schuldgegenstand.

---

[8]) Wendt, Pandekten 1888, S. 589, § 245.

[9]) Dem steht auch l. 6 D. de comp. 16/2 nicht entgegen, wo es heißt: „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem", da es sogar zweifelhaft ist, ob die nuda pacta wenigstens Naturalobligationen erzeugten.

[10]) Dernburg, Pandekten, Bd. II. § 62, S. 173.

Aus den nämlichen Gründen ist auch die von Klemperer[11]) vertretene Konstruktion der Umwandlung der früheren Obligation in ein mutuum durch vertragsmäßige Aufrechnung durch die „conventio, ut credita pecunia fiat" abzulehnen. Hierzu kommt noch, daß die Quellenmäßigkeit des Kompensationsvertrages überhaupt bestritten ist.[12])

Weniger als die auf Kompensation beruhenden Theorien wird die von Schey[13]) aufgestellte Konstruktion dem Wesen des Mutuums gerecht, das zu seiner Entstehung neben dem Konsens stets ein dare zur Voraussetzung hat. Schey will nämlich die Hingabe des mutuum als durch die Befreiung des Empfängers von seiner bisherigen Schuld erfolgt ansehen, mit anderen Worten durch den Verzicht des Gebers des Mutuums auf seine bisherige Forderung. Diese Art der Lösung des Problems läßt die Vorschrift außer acht, daß die Form für die Aufhebung der Geschäfte der Begründungsform entsprechen müsse.[14]) Wenn auch zugegeben werden soll, daß nach prätorischem Rechte der Schuldner durch ein pactum de non petendo eine Exceptio erwarb, so wird doch diese Konstruktion in keiner Weise der Realkontraktsnatur einerseits des Depositums, andererseits des Mutuums gerecht.

Eine der richtigen Würdigung der Natur der Umwandlung eines depositum regulare in ein mutuum näherkommende Art der Lösung giebt Schmitz[15]). Er operiert mit fingierter Solution und Numeration. Danach sind zur Erklärung des Umwandlungsgeschäftes zwei Fiktionen

---

[11]) Gruchots Beiträge, Bd. 43, S. 578.

[12]) Leonhard, Die Aufrechnung, § 1, S. 12.

[13]) Schey, Das Darlehn, Heft 1 (Die Obligationsverhältnisse des österr. Privatrechts) § 11, S. 85.

[14]) Vergl. l. 80 D. de solutionibus 46/3: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet.

[15]) Schmitz, Natur und Wirkung der Vereinbarung, daß geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden solle, § 4, S. 22.

notwendig, nämlich, daß der Schuldner dem Gläubiger gezahlt hat, und daß hierauf der Gläubiger dem Schuldner das Gezahlte wiedergegeben hat. Fiktionen sind aber stets nur ein Notbehelf und sollen, wenn irgend tunlich, vermieden werden.

In diesem Falle ist jedoch eine Fiktion nicht erforderlich. Ulpian selbst gibt uns in l. 15 D. de reb. cred. 12/1 den Fingerzeig dafür. Er sagt nämlich dort, daß, wenn der Gläubiger A seinen Schuldner B angewiesen hat, einem Dritten C die geschuldete Summe zu zahlen, dieser Darlehnsschuldner des A werde, obgleich er nicht die Münzen des A empfangen habe. Diese selbe Anweisung des Gläubigers A aber sei auch möglich, wenn man sich den Schuldner B und den Dritten C als eine und dieselbe Person denkt. Daraus folge dann, daß, wenn C dem A aus einem Mandate Geld schuldet, und beide miteinander vereinbaren, daß C das Geld als mutuum behalten solle, C das Geld dem A ersichtlich gezahlt, und A es behufs Begründung des mutuum in das Vermögen des C übergeführt habe.[16]) Wenden wir die von Ulpian gezogene Folgerung auf unseren Fall an, so ist derselbe so zu konstruieren, daß der Depositar die Geldstücke auf Anweisung des Deponenten an sich selber zahlt. Damit wird die Obligation ex deposito durch Erfüllung beendigt und zugleich das mutuum begründet. Es handelt sich hierbei um keine fingierte Solution des Depositars und Numeration an sich selbst, sondern es sind wirkliche Geschäfte, die der Depositar gemäß der Anweisung des Deponenten vornimmt, nur treten sie nicht nach außen durch besondere körperliche Tätigkeit in die Erscheinung,

---

[16]) l. 15 D. de reb. cred. 12/1: „Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam: Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta".

da diese sich erübrigt und nur zwecklose, zeitraubende Formalität sein würde.[17]) Der hier vorgetragenen und aus den Worten Ulpians „videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta“ sich auch als dessen Ansicht hierüber ergebenden Lösung des Problems steht die Tatsache nicht entgegen, daß das römische Recht nur die mittelbare Stellvertretung anerkannte, denn die erwähnten Geschäfte nimmt der Depositar im eigenen Namen auf Anweisung des Deponenten vor, genau so, wie der Schuldner B auf Anweisung des Gläubigers A an den Dritten C im eigenen Namen zahlt.

Was nun das Verhältnis der früheren zur neubegründeten Obligation bei der Umwandlung des depositum regulare in ein depositum irregulare anbelangt, so ergibt sich nach dem Ausgeführten von selbst, daß, da, wie oben im § 10[18]) festgestellt ist, das depositum irregulare auf Grund seiner Realkontraktsnatur denselben Erfordernissen genügen, äußerlich also denselben Tatbestand erfüllen muß, wie das mutuum, und nur seiner inneren Natur nach sich von diesem unterscheidet, das Verhältnis in genau derselben Weise zu beurteilen ist.

---

[17]) So auch Kohler, Lehrb. des bürgerlichen Rechts, II. Bd., § 77, S. 209, Anm. 1, wo er sagt, wer behauptet, auch die Zahlung an sich selbst müsse sich durch einen Akt betätigen, wenn sie Wirklichkeit sein wolle, „verwechselt die Geschäfte eines Stellvertreters mit sich selbst mit Geschäften, die jemand in seinem Namen als Träger zweier Vermögensmassen vornimmt: diese erfolgen ohne Rechtstätigkeit einfach dadurch, daß sie nach außen hin in der rechtmäßigen Weise als geschehen erklärt werden.“

[18]) Vergl. S. 66 der Abhandlung.

B.

Beurteilung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

I. Der Tatbestand der l. 9 § 9 D. 12|1.

§ 12.

Hinterleger und Verwahrer in obligatorischer Beziehung.

Dem im Verlauf des ersten Teiles dieser Arbeit gewonnenen Ideengange folgend, ist auch für das B G B. vor dem Eingehen auf die Betrachtung des Darlehnsantrags des Verwahrers und der vom Hinterleger erteilten Gebrauchserlaubnis die Erörterung der obligatorischen Beziehungen zwischen Hinterleger und Verwahrer empfehlenswert, soweit dies für den Zweck vorliegender Abhandlung ein Interesse hat.

Eine ausdrückliche Definition des Verwahrungsvertrages gibt das B G B. nicht. Der Verwahrungsvertrag ist nach § 688 eine Vereinbarung, wonach die eine Partei, der Verwahrer, verpflichtet ist, der anderen, dem Hinterleger, eine von der letzteren ihr übergebene bewegliche Sache aufzubewahren. Die Begriffsmerkmale der Verwahrung sind also Übernahme zur Aufbewahrung und Übernahme einer beweglichen Sache[1]). Die Unentgeltlichkeit, welche ein Kriterium des römischen depositum war, indem entgeltliche Übernahme zur Verwahrung in Rom als Dienstvertrag angesehen wurde, ist nach dem B G B.[2]) nicht mehr Begiffsmerkmal der Verwahrung[3]).

---

[1]) Dies in Abweichung vom römischen und gemeinen Recht.

[2]) § 689.

[3]) So ebenfalls schon A L R. I. 14 §§ 9 ff. Im römischen Recht

Die Hervorhebung dieses Unterschiedes ist deshalb von Wichtigkeit, weil aus ihr die Annahme hergeleitet werden könnte, als habe der Grundcharakter des depositum, wie er oben[4]) für das römische Recht festgestellt worden ist, wonach der Depositar dem Deponenten einen Gefallen erweise, also lediglich in dessen Interesse handle, für den Verwahrungsvertrag des BGB. eine Änderung, zum mindesten eine Trübung erfahren. Dies umsomehr, als das B G B. gemäß dem jeweiligen Gesichtspunkte der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit eine verschiedene Haftung des Verwahrers ausspricht, denn je nachdem, ob die Aufbewahrung entgeltlich oder unentgeltlich übernommen wird, ist die Haftung des Verwahrers weitergehend, als dies nach dem römischen und gemeinen Recht der Fall ist, oder von gleichem Umfange wie dort. Im letzteren Falle hat er nämlich nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[5]). Der unentgeltliche Verwahrer ist aber ebensowenig, wie im römischen Recht, von der Haftung wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit befreit[6]). Trotz dieses Wegfalles der Unentgeltlichkeit als Begriffsmerkmal aber und der, als selbstverständliche Folge, abweichend geregelten Haftung hat der Verwahrungsvertrag des B G B. gegenüber seiner historischen Grundlage, dem römischen und gemeinrechtlichen depositum, nichts von dem diese beherrschenden, den Hinterleger begünstigenden einseitigen Interessenprinzip eingebüßt. Hierfür spricht außer der geschichtlichen Entwickelung die im § 688 unabhängig von dem Gesichtspunkte der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit statuierte Aufbewahrungspflicht des Verwahrers und die Ausschließung der

---

kannte man zwar nach l. 2 § 23 D. vi bon. rapt. 47/8 ein pretium depositionis. Aber es wurde dies nur als Entschädigung für etwaige Kosten, als Honorar angesehen: „pretium depositionis non quasi mercedem accepi."

[4]) Vergl. S. 29, 63 der Abhandlung.

[5]) § 690 B G B.

[6]) § 277 B G B.

Gestellung eines Ersatzmannes[7]). Auch die Vorschrift des § 695, daß der Hinterleger die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern kann, zeigt, daß die Verwahrung des B G B. ein Vertrag ist, für welchen das einseitige Interesse des Hinterlegers das Fundament abgibt. Dies hat mit der für das B G B. bedeutungslos gewordenen[8]) Unterscheidung des Verwahrungsvertrages als contractus bilateralis inaequalis nichts gemein, muß aber aus dem Grunde hier besonders hervorgehoben werden, um den Gegensatz, der zwischen dem Verwahrungsvertrage und dem Darlehn besteht, möglichst scharf hervorzuheben. Es erleichtert dies die richtige Erkenntnis und Beurteilung des Wesens des Summenverwahrungsvertrages im Sinne des § 700.

Besonders wichtig ist, daß nach dem B G B. der Verwahrungsvertrag nicht mehr Realvertrag ist, sondern sofort durch Einigung der Beteiligten verbindlich wird[9]). Dies ergiebt sich aus dem Wortlaut des § 688, wonach der Verwahrer durch den Verwahrungsvertrag zur Aufbewahrung verpflichtet wird. Selbstverständlich kann er diese Aufbewahrungspflicht erst ausüben, wenn ihm die Sache übergeben ist, die Verpflichtung selbst aber wird durch den Vertrag und nicht durch die Hingabe begründet. Wenn also auch § 688 voraussetzt, daß die Übergabe bereits erfolgt ist, so hat dies nur die Wirkung, daß die Rückgabepflicht suspensiv durch die Hingabe bedingt ist, und daß der Hinterleger diese als Prozeßvoraussetzung seines Rückgabeanspruches zu beweisen hat. Dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes aber kann nicht entgegengestellt werden, daß man bei der Redaktion[10])

---

[7]) § 691.

[8]) Nach dem B G B. hängt es infolge des das B G B. beherrschenden Prinzips der Vertragsfreiheit von der Parteiabsicht ab, ob der Verwahrungsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. ist. Anders dagegen Fischer-Henle Anm. 3 zu § 689, S. 377.

[9]) So auch Bernhöft, Das Bürgerliche Recht, § 128, S. 472; anders Fischer-Henle Anm. 2 zu § 688, S. 376.

[10]) Motive II, S. 569 ff.; Protokolle II, Bd. 2, S. 392.

allerseits damit einverstanden war, daß die wissenschaftliche Streitfrage, ob der Hinterlegungsvertrag als Consensual- oder als Realvertrag charakterisiert werden müsse, nicht zu entscheiden sei.

Die Rückgabepflicht des Verwahrers hat auch nach dem Bürgerlichen Recht den Charakter einer Speziesschuld. Der Verwahrer wird also nach § 275 von seiner Verpflichtung frei, soweit die Rückgabe infolge eines nach der Begründung des Verwahrungsvertrages eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Nach § 697 ist die Rückgabepflicht wie im römischen Recht Holschuld.

Von historischem Interesse ist noch, daß im Gegensatz zur l. 11 C. 4/34 gegenüber der Forderung aus dem Verwahrungsvertrage, sofern im Übrigen die Voraussetzungen dafür vorhanden sind, die Aufrechnung und nach § 273[2] ein Zurückbehaltungsrecht gegeben ist, da das B G B. die Beschränkung der diesbezüglichen Einreden gegenüber der actio depositi directa nicht aufgenommen hat.

§ 13.

Hinterleger und Verwahrer in sachenrechtlicher Beziehung.

Nach § 688 B G B. besteht die Aufbewahrungspflicht des Verwahrers nur hinsichtlich einer „übergebenen" beweglichen Sache.

Der Hinterleger hat bei Übergabe der Sache nicht die Eigentumsübertragungsabsicht. Er bleibt also, wie nach römischem Recht, Eigentümer der zur Verwahrung übergebenen Sache.

Die Übergabe zur Verwahrung kann also bloß hinsichtlich des Besitzes eine Wirkung haben. Diese Wirkung wird im § 868 ausdrücklich dahin präzisiert, daß der Verwahrer den Besitz an der ihm übergebenen Sache erwirbt, während

der Hinterleger auch Besitzer und zwar mittelbarer Besitzer bleibt. Diese vom B G B. vorgesehene Regelung trägt dem tatsächlichen Verhältnis besser Rechnung, als dies im römischen und gemeinen Recht der Fall gewesen ist, denn die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht im Sinne des § 688 bringt es mit sich, und sie ist sogar nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Verwahrer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt. Wird nun diese tatsächliche Gewalt für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder einem ähnlichen Verhältnis ausgeübt[1]), vermöge dessen der andere in der Lage ist, jeweilig seinen eigenen Willen dem Ausüber der tatsächlichen Gewalt aufzuzwingen, so verliert diese Ausübung ihre Selbständigkeit, welche die den Besitz rechtfertigende Herrschaft charakterisiert. Der die tatsächliche Gewalt Ausübende sinkt zu der Stellung eines bloßen Dieners herab, der des vom Rechte sanktionierten Besitzschutzes auch aus dem Grunde nicht bedarf, weil der Andere, da die Sache seinen tatsächlichen Machtbereich nicht verlassen hat, jederzeit in der Lage ist, denselben geltend zu machen. Ganz anders ist es beim Verwahrer. Dieser ist in jeder Beziehung bis auf die Anerkennung des mittelbaren Besitzes des Hinterlegers tatsächlich selbständig, und gerade der Grund, weshalb die Sache dem Verwahrer übergeben ist, beruht in dem Umstande, daß der Hinterleger der persönlichen Fürsorge für die Sache überhoben sein will. Jener soll selbständig die reale Herrschaft für ihn ausüben, ohne daß jedoch der Hinterleger sie gänzlich aufgibt; denn trotz der körperlichen Übertragung bleibt diesem der Besitz auf Grund des konkreten Verwahrungsverhältnisses, wonach der Verwahrer als Besitzmittler den Hinterleger als Oberbesitzer[2]) anerkennen muß. Aus diesem Grunde war es nicht mehr als billig, dem Verwahrer den selbständigen Besitzesschutz zu gewähren.

---

[1]) § 855 B G B.

[2]) Endemann, Einf. in das Studium des B G B., Bd II, § 32, S. 125/26. Bürgerliches Recht, Bd. II, § 32, S. 165 ff.

Dieser mittelbare Besitz des Hinterlegers und der unmittelbare Besitz des Verwahrers sind gemäß der ausdrücklichen Bestimmung im § 868, wonach auch der andere — hier der Hinterleger — Besitzer ist, als Doppelbesitz anzusehen. Jedoch handelt es sich hierbei aus den oben angeführten Gründen nicht um einen Mitbesitz oder um eine reale Teilung[3]).

Der Besitz des Hinterlegers beruht also in tatsächlicher Hinsicht auf der durch den Verwahrer ausgeübten tatsächlichen Gewalt[4]), in rechtlicher Hinsicht auf dem durch den Verwahrungsvertrag begründeten materiellrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis. Er findet sein Ende, sobald eine dieser Voraussetzungen in Wegfall kommt.

§ 14.

Der Darlehnsantrag des Verwahrers und die vom Hinterleger erteilte Gebrauchserlaubnis in obligatorischer Hinsicht.

Der Gegenstand der Erörterung dieses Paragraphen ist die Frage, ob und in welcher Weise nach dem B G B. durch den Darlehnsantrag des Verwahrers und die darauf vom Hinterleger erteilte Gebrauchserlaubnis ein Darlehn zustande gekommen ist.

Prüfen wir diesbezüglich die einschlägige gesetzliche Bestimmung, so sagt uns § 607[2]: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder

---

[3]) Endemann, a. a. O.

[4]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. III, Anm. zu § 868 lehrt: „Der mittelbare Besitz ist zwar ebenso wie der unmittelbare eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, aber nicht eine solche, welche, wie die des unmittelbaren Besitzers, nach der Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Sache gewährt, sondern eine Beziehung, die auf der Sachherrschaft des unmittelbaren Besitzers und seiner Anerkennung einer besonderen Verpflichtung zur künftigen Überlassung der Sachherrschaft an den mittelbaren Besitzer beruht und daher letzterem eine besonders gesicherte Anwartschaft auf die Sachherrschaft gewährt."

die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen.“ Der Verwahrer schuldet dem Hinterleger 10 bestimmte Geldstücke aus dem Verwahrungsvertrage. Nach der angeführten Bestimmung des B G B. ist es also zweifellos zulässig, daß der Verwahrer mit dem Hinterleger vereinbart, daß die 10 Geldstücke als Darlehn geschuldet werden sollen. Der entscheidende Punkt ist danach, ob die beiden Tatsachen des vom Verwahrer ausgehenden Darlehnsantrages und der hierauf vom Hinterleger erteilten Gebrauchserlaubnis in ihrem Zusammenwirken als eine solche Vereinbarung im Sinne des § 607[2] anzusehen sind.

Diese Frage ist zu bejahen. Denn nach § 151 Satz 1 B G B. kommt der Vertrag durch die Annahme des Antrages zustande. Der Darlehnsantrag des Verwahrers schließt das Ersuchen um Gebrauchsgestattung in sich und zwar zu dem Zwecke der wirtschaftlichen Wertbenutzung[1]). Die Gebrauchsgestattung darf deshalb im vorliegenden Falle nur im Zusammenhange mit dem voraufgehenden Darlehnsantrage des Verwahrers betrachtet werden, andernfalls könnte die Gebrauchsgestattung des Hinterlegers bei Aneignung der Geldstücke durch den Verwahrer nur zur Umwandlung in einen Summenverwahrungsvertrag führen. Für die Abgabe einer Willenserklärung besteht nach dem B G B. im allgemeinen Formfreiheit. Daher ist die Willensbetätigung oder Willenserklärung durch Schweigen oder durch nach der Verkehrsanschauung und den Umständen des Falles schlüssige Handlungen und Unterlassungen nicht bloß in den Fällen, in denen auf eine Entnahme des Willens aus den Umständen hingewiesen ist[2]), neben der ausdrücklichen Abgabe einer Willenserklärung durch objektive Erklärungsmittel (Worte oder Zeichen), sondern auch in allen übrigen Fällen, für welche nicht eine besondere Form vorgeschrieben ist, und zwar auch bei empfangsbedürftigen Geschäften

---

[1]) Kohler, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., § 127, S. 335.
[2]) cfr. z. B. §§ 164, 269, 612, 632.

möglich, sofern sich der Handelnde der Schlüssigkeit bewußt war oder bewußt sein mußte[3]). Die Erteilung der Gebrauchserlaubnis durch den Hinterleger mag nun eine ausdrückliche Willenserklärung oder eine Willensbetätigung durch schlüssige Handlung sein. Auch als letztere ist sie im Sinne des § 133 nach der zugrunde liegenden Absicht zu deuten[4]).

Die Gebrauchsgestattung durch den Hinterleger im Verfolg des vom Verwahrer ausgehenden Darlehnsantrages ist daher nach der Verkehrsanschauung und nach den besonderen Umständen des Falles als eine Erklärung oder Handlung anzusehen, aus welcher auf den Willen des Hinterlegers geschlossen werden kann, vermöge dessen er einverstanden ist, daß die bisher von ihm dem Verwahrer zur Aufbewahrung übergebenen Geldstücke als Darlehn geschuldet werden sollen. Denn durch die Gebrauchsgestattung bekundet er, daß ihm an der Rückerstattung in specie, wie sie durch den bestehenden Verwahrungsvertrag bedingt ist, nichts mehr liegt, daß ihm auch die Rückerstattung in genere genügt, und er deshalb in die Übereignung der Geldstücke auf den Verwahrer zu dem Zwecke der wirtschaftlichen Wertbenutzung mit der Verpflichtung generischer Rückleistung einwilligt. Will der Hinterleger diese Deutung der von ihm erteilten Gebrauchserlaubnis vermeiden, so bedarf es der Hinzufügung eines ausdrücklichen entsprechenden Vorbehaltes. In der Erteilung der Gebrauchserlaubnis durch den Hinterleger auf den Darlehnsantrag des Verwahrers liegt also die Annahme dieses Antrages, und es ist klar, daß dadurch[5]) zwischen dem Hinterleger und dem Verwahrer eine Vereinbarung im Sinne des § 607[2] zustande gekommen ist.

Reicht aber diese Vereinbarung allein zum Zustandekommen des Darlehns aus?[6]). Hier greift ebenso wie für

[3]) Fischer-Henle, Anm. 3 zum § 125. S. 67.
[4]) Fischer-Henle, Anm. 2 zum § 133, S. 74.
[5]) § 151, BGB.
[6]) Nach Matthiaß, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, § 121,

das römische und gemeine Recht die Frage nach der Möglichkeit der konsensualen Begründung des Darlehns ein.

Von einigen[7]) wird das Vorhandensein von Realverträgen vom Standpunkte deutscher Rechtsanschauung überhaupt, insbesondere aber für das B G B. bestritten. Ist diese Behauptung begründet, so fällt damit auch die Realkontraktsnatur des Darlehns. Dem steht aber einmal die geschichtliche Entwickelung unseres Rechtes und sodann die davon beeinflußte Fassung vieler Vorschriften des BGB. entgegen. Es ist geschichtlich festgestellt, daß in vielen Fällen eine Verbindlichkeit nur entstand[8]), wenn nicht bloß versprochen, sondern auch von der einen Seite geleistet war[9]). Diesen Begriff des Realvertrages haben wir von der Scholastik des Pandektenrechtes geerbt, und unter seinem Bann standen auch die Redaktoren des B G B. So sagt Endemann[10]), es gebe im B G B. typische Gruppen von Schuldverhältnissen, bei denen die Schuldverpflichtung erst beginnt mit einem ihrer konkreten Natur entsprechenden realen Vollzugsakte. Ebenso sehen Dernburg[11]) und Cosack[12]) die Existenz von Realverträgen als außer allem Zweifel an.

Steht nun die Möglichkeit von Realverträgen auch für das B G B. fest, so lautet die nächste Frage: Ist das Darlehn des B G B. ein Realvertrag? Daß ein Darlehn

S. 579 ist die Vereinbarung, daß der Schuldner, der Geld aus einem Verwahrungsvertrage schuldet, das Geschuldete als Darlehn behalten solle, gültig. Ob ein solcher Vertrag als Darlehn anzusehen sei oder nicht, ist durch Auslegung festzustellen.

[7]) Dankwardt in „Nationalökonomie und Jurisprudenz" S. 63, 64: „Die deutsche Volksüberzeugung gründet die Verpflichtung des Empfängers nicht auf die Hingabe der Sache, sondern auf den Consens." Reinhold, Die Natur der sogenannten Realcontracte, S. 31.

[8]) Dies ist im ersten Teil dieser Abhandlung an der Hand der zitierten Quellenstellen nachgewiesen worden. Vergl. S. 33 der Abhandlung.

[9]) Kohler, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Teil, § 87, S. 233, Anm. 1.

[10]) Endemann, B G B. S. 329, § 69.

[11]) Dernburg, B G B. Bd. II, 1, § 78, S. 187.

[12]) Cosack, B G B. Bd. I, § 82, S. 290 ff.

als Realvertrag begründet werden kann, wird selbst von Kohler[13]), dem eifrigsten und energischsten Verfechter des Konsensualdarlehns nicht bestritten. Nach ihm kann das Darlehn, wie Kauf und Miete, Vereinbarungs- (Konsensual-) oder Übergabe- (Real-) vertrag sein. Die Frage lautet also genauer: Ist das Darlehn des B G B. notwendigerweise Realvertrag, oder ist auch konsensuale Begründung desselben möglich?

Die Quelle für die Entscheidung dieser Frage darf nur der Text des Gesetzes selber sein. Wenn in den Motiven[14]) hervorgehoben wird, daß man bei der Redaktion des damaligen § 453 ausdrücklich davon abgesehen habe, in diese Streitfrage durch eine positive Regelung einzugreifen, so ist es von diesem Standpunkte aus kaum zu verstehen, daß die zum Gesetz erhobene Fassung eine so klare und scharfe Prägung zu Gunsten der Realkontraktsnatur[15]) des Darlehns erhalten konnte; denn wie könnte wohl deutlicher ausgesprochen werden, daß die Rückerstattungsverpflichtung aus dem Darlehn von der Tatsache des Empfanges der Darlehnsvaluta abhängig sei? Nur „Wer . . . als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, ...“ Durch die reale Leistung in Verbindung mit dem Konsens also wird die Verbindlichkeit erzeugt.

Das konsensuale Moment wird durch die Worte „als Darlehn“ zum Ausdruck gebracht. Da, um das Empfangen zu ermöglichen, zwei Personen vorausgesetzt werden müssen, ein Geber und ein Nehmer, so heißt das, die Valuta muß „als Darlehn“ gegeben und empfangen sein. Mit anderen Worten, hierüber muß Willenseinigung der

---

[13]) Kohler, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 128, S. 337.

[14]) Motive zum Entwurf I, Bd. 2, § 453, S. 306. „Unleugbar bleibt, daß der Darlehnsvertrag sich von den Verträgen, welche man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen gewohnt war, immer in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet.“

[15]) So auch Endemann, Bürgerliches Recht, Bd. I$_2$, § 104 S. 612, § 184, S. 1154 ff. „Die Natur des Darlehns als Realkontrakt ist in den Gesetzesworten deutlich zum Ausdruck gebracht.“

Vertragsparteien bestehen. — Der Begriff „Darlehn“ wird als bekannt vorausgesetzt[16]). Er ist wirtschaftlicher Art. — Wir haben es also beim Darlehn des B G B. zweifellos mit einem Realvertrag zu tun[17]), in dem Sinne, wie ihn Dernburg[18]) treffend definiert, und wie er bereits oben[19]) im ersten Teil dieser Arbeit festgelegt ist, als das Produkt aus res und consensus, den gleich wesentlichen Faktoren zur Erzeugung der Vertragsverbindlichkeit. Diese Ansicht wird noch unterstützt durch einen Vergleich der Formulierung des § 607 mit der davon verschiedenen der §§ 535, 598 und 688.

Einem derartig unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes gegenüber darf meines Erachtens, wie bereits oben[20]) hervorgehoben, auf die etwaigen Absichten der Redaktoren nicht zurückgegriffen werden. Unverständlich ist es daher,

---

[16]) So auch Fischer-Henle a. a. O., Anm. 2, zu § 607. S. 328.

[17]) Wäre das Darlehn Consensualvertrag, so könnte Klage auf Rückerstattung erhoben werden, ohne Behauptung des Valutaempfanges; erst auf die Geltendmachung der exceptio non adimpleti contractus hin brauchte der Valutaempfang behauptet zu werden. (Motive II, S. 306.) Von noch größerer Bedeutung aber zeigt sich die Auffassung des Darlehns als Realkontrakt nach den Motiven und nach Cosack (Bürgerl. Recht § 142, S. 507) beim Makler. Dieser hat nach § 652 B G B. einen Anspruch auf Lohn erst dann, wenn das ihm zur Vermittelung aufgetragene Geschäft „zustande kommt.“ Er würde also den Lohn nicht schon fordern können, wenn er eine Vereinbarung über ein künftig zu gebendes Darlehn, sondern erst dann, wenn er die tatsächliche Hingabe des Darlehns erzielt hat.

[18]) Preußisches Privatrecht, Bd. II, § 176, S. 485 im Text und Anm. 2: Die Auffassung von der Consensualnatur des Darlehns, mag es verzinslich oder unverzinslich sein, ist nicht die historisch gegebene; denn die Hauptverpflichtung des Empfängers entsteht nicht lediglich durch Vereinbarung, sondern zugleich durch die Darlehns-res. Res und consensus sind gleich wesentliche Bestandteile des Darlehnsgeschäftes. Die Obligierung ist der Zweck, die res das Mittel. In diese beiden Bestandteile und in das gegebene Verhältnis beider zueinander konsentieren beide Parteien, so oft ein Darlehn gegeben und genommen wird.

[19]) Vergl. S. 33 ff. der Abhandlung.

[20]) Vergl. S. 86 der Abhandlung.

wie Kuhlenbeck [21]) das Darlehn des B G B. schlechthin als Konsensualkontrakt bezeichnen kann.

Eine abstrakt wissenschaftliche Auffassung des Darlehns vertritt dagegen Kohler. Es ist Kohler ohne weiteres zuzugeben, daß seine Theorie des Konsensualdarlehns [22]) vom Standpunkte einer höheren wissenschaftlichen Rechtsanschauung aus richtig ist, für das B G B. aber kann sie aus den oben angeführten Gründen, sowie deswegen nicht gelten, weil das B G B. im § 610 ein selbständiges pactum de mutuo dando kennt, das als eigener Vertrag giltig ist. [23]) Kohler [24]) sieht nämlich das Darlehn stets dann als Konsensualvertrag an, wenn ein Darlehnsversprechen vorhergeht. Dieses Darlehnsversprechen betrachtet er als den eigentlichen konsensualen Darlehnsvertrag, dessen Erfüllung durch den Darleiher die Hingabe des Wertes ist, während die Erfüllung des Rückversprechens noch aussteht. Diese Vereinigung des Versprechens, ein Darlehn zu geben [25]), mit dem eigentlichen Darlehnsvertrage des § 607 [1] aber ist nicht angängig.

Während demgegenüber die Mehrzahl der juristischen Schriftsteller [26]) das Darlehn des B G B. schlechthin als Realvertrag ansieht, in dieser Hinsicht also mit der oben vertretenen Meinung übereinstimmt, nehmen Bernhöft [27]) und Cosack [28]) in gewisser Hinsicht einen vermittelnden

---

[21]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B G B., II. Teil, § 31, S. 218.

[22]) Vergl. Kohler, Gesammelte Abhandlungen, S. 44 ff. und im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. II, S. 211 ff.

[23]) Bernhöft, a. a. O., § 139, S. 480.

[24]) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 128, S. 337 ff. und im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. II, S. 211 ff.

[25]) § 610, B G B.

[26]) Vergl. z. B. Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II, § 234, S. 241. Fischer-Henle a. a. O., Anm. 3, zu § 607, S. 328; Endemann, Bürgerliches Recht, Band I², § 184, S. 1154 ff.; Leske, B G B., § 73, S. 250; Müller und Meikel, Bürgerliches Recht, Bd. I. § 114, S. 316.

[27]) A. a. O., § 139, S. 479.

[28]) Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, § 142, S. 507.

Standpunkt ein. Diese sagen, daß das Darlehn nach dem B G B. regelmäßig Realvertrag sei. Wenn jedoch mit dem Gläubiger vereinbart werde, daß aus einem anderen Grunde geschuldete vertretbare Sachen als Darlehn geschuldet sein sollen, dann komme eine Darlehnsforderung durch bloße Einigung, also als Konsensualvertrag zustande. Dem kann nicht beigetreten werden. Das Darlehn kommt nämlich in diesem Falle nicht durch bloße Vereinbarung zustande, sondern der Schuldner empfängt im Sinne des § 607 [1] tatsächlich den Darlehnswert als Darlehn, denn wie unten im § 20 [29]) des näheren dargetan wird, erfolgt die Hingabe des Darlehnswertes an den Darlehnsempfänger dadurch, daß der Darleiher als sein bisheriger Gläubiger ihn beauftragt [30]), das Geschuldete an sich selbst zu zahlen [31]), um das Gezahlte als Darlehn zu haben [32]). Es wird also auch für diese Art des Zustandekommens eines Darlehns den Erfordernissen eines Realvertrages genügt.

Ist somit festgestellt, daß das Darlehn des B G B. notwendigerweise Realvertrag ist, so werden die bisher in Verwahrung gegebenen 10 Geldstücke erst von dem Momente an als Darlehn geschuldet, in welchem sowohl die Willenseinigung stattgefunden hat, als auch die Hingabe des Darlehnswertes bewirkt ist.

§ 15.

Der Darlehnsantrag des Verwahrers und die vom Hinterleger erteilte Gebrauchserlaubnis in sachenrechtlicher Hinsicht.

Der Darlehnsantrag des Verwahrers und die vom Hinterleger erteilte Gebrauchserlaubnis bringen in sachen-

---

[29]) Vergl. S. 104 dieser Abhandlung.

[30]) § 662 B G B.

[31]) § 181 B G B.

[32]) Diese Art des Zustandekommens eines Darlehns sieht auch Kohler als Realvertrag an. (Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. II, § 67, S. 182.)

rechtlicher Beziehung auch nach dem B G B. einschneidende Veränderungen hervor.

Der Darlehnsantrag des Verwahrers enthält implicite zugleich den Antrag auf Abschluß der auf Übertragung des Eigentums an den Geldstücken abzielenden dinglichen Einigung, die von dem beabsichtigten obligatorischen Rechtsgeschäft, dem Darlehnsvertrage, begrifflich zu scheiden ist [1]). Diese Einigung kommt durch die Erteilung der Gebrauchserlaubnis zustande [2]), denn, indem hierdurch der Hinterleger unzweideutig sein Einverständnis mit dem Übergange des Eigentums zum Ausdruck bringt, ist sie als Annahmeerklärung des Übereignungsantrages anzusehen. Da der Verwahrer nach § 868 B G B. im Besitze der Geldstücke ist, so bedarf es nicht erst der Herstellung des Besitzstandes durch die sonst erforderliche Übergabe an den Erwerber, und es genügt nach § 929², diese Einigung, um die Übertragung des Eigentums herbeizuführen.

Der Verwahrer hat also auch nach dem B G B. in dem Augenblicke der Erteilung der Gebrauchserlaubnis das Eigentum an den ihm übergebenen Geldstücken erworben, ohne daß es eines Anrührens der Geldstücke durch den Verwahrer zum Zwecke des Gebrauchs bedarf.

Der dem Hinterleger nach § 868 zustehende mittelbare Besitz geht dadurch unter, daß mit der Ewerbung des Eigentums an den Geldstücken durch den Verwahrer die gesetzliche Voraussetzung für den mittelbaren Besitz des Hinterlegers wegfällt. Der Hinterleger ist nach § 868 eben nur so lange auch Besitzer, als der Verwahrer die Sache in diesem Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er dem Hinterleger gegenüber zum Besitze verpflichtet ist.

Die Verwandlung des Besitzes des Verwahrers in Eigenbesitz tritt im Augenblicke der durch den Hinterleger bewirkten Erteilung der Gebrauchserlaubnis auf

[1]) E. R G. Ziv. Bd. 48, S. 135; Bd. 50, S. 82; Bd. 52, S. 114.
[2]) § 151, B G B.

Grund des § 872 durch rein subjektive Willensänderung des Verwahrers ein[3]), die aus seinem Darlehnsantrage zu entnehmen ist. Eine besondere brevi manu traditio des Besitzes ist danach entbehrlich[4]).

II. Der Tatbestand der l. 10. D. 12/1.

§ 16.

Die vom Hinterleger als dem Antragenden erteilte Gebrauchserlaubnis.

Gemäß den im § 7 des ersten Teils dieser Arbeit gewonnenen Ergebnissen ist für das B G B. nunmehr zu erörtern, welche Wirkung beim Vorliegen eines regelmäßigen Verwahrungsvertrages die vom Hinterleger dem Verwahrer von vornherein einseitig erteilte Erlaubnis hat, das Geld, wenn der letztere wolle, zu gebrauchen.

Diese Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist zwar auch nach dem B G B. als ein gleich bei dem Abschluß des regelmäßigen Verwahrungsvertrages vom Hinterleger an den Verwahrer gerichteter Antrag auf Umwandlung des regelmäßigen Verwahrungsvertrages anzusehen. Dieser Antrag kann gerichtet sein einmal auf Umwandlung des regelmäßigen Verwahrungsvertrages in ein Darlehn, sodann aber auch auf Umwandlung in einen Summenverwahrungsvertrag. Beide Möglichkeiten sind parallel zu den Erörterungen des ersten Teils in Betracht zu ziehen.

Betrachten wir aber zunächst einmal die beiden Tatsachen des Vorliegens eines regelmäßigen Verwahrungsvertrages und der vom Hinterleger erteilten Gebrauchserlaubnis unter dem Gesichtswinkel der von Neustetel, Heimbach und Sintenis vertretenen Konstruktion! Hiernach wäre also analog der im ersten Teil der Abhandlung gegebenen Darstellung die Erteilung der Gebrauchserlaubnis keine einseitige Willenserklärung des Hinterlegers,

---

[3]) Kuhlenbeck, B G B., S. 623, zu § 868 u. S. 480 ff. zu § 700.
[4]) Fischer-Henle, Anm. 7 zu § 929, S. 549.

sondern es lägen von vornherein zwei Verträge vor: einmal der regelmäßige Verwahrungsvertrag im Sinne des § 688 B G B., für welchen die Willensänderung des Depositars infolge der Hinzufügung der Worte „wenn er wolle“ eine hinzugefügte auflösende Bedingung wäre; sodann von derselben Willensänderung des Verwahrers aufschiebend bedingt das Umwandlungsgeschäft.

Der Begriff der Bedingung wird im B G B. nicht gegeben, es muß deshalb in dieser Hinsicht auf das gemeine Recht zurückgegriffen werden [1]). Wir kommen daher hinsichtlich der Zulässigkeit des Willens des Verpflichteten als Bedingung zu denselben Bedenken, wie sie im ersten Teil dieser Arbeit ausgeführt worden sind [2]). Nach Bernhöft [3]) ist die Bedingung eine willkürliche Nebenbestimmung, durch welche die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einem objektiv ungewissen Umstande abhängig gemacht wird. Bernhöft zählt den Willen des Verpflichteten als Bedingung nicht unter den Fällen auf, in denen keine objektive Ungewißheit vorliegt. Dem ist durchaus zuzustimmen, denn wenn auch der Wille des bedingt Verpflichteten an sich etwas durchaus Subjektives ist, so wird der Wille doch von äußeren Umständen bestimmt und geleitet, deren Eintritt oder Nichteintritt eine objektive Ungewißheit zur Genüge verbürgen. Die Konstruktion der Willensänderung des Verwahrers als Bedingung ist aber aus dem nämlichen Grunde wie nach dem römischen und gemeinen Rechte abzulehnen, da die Hinzufügung des Willens des Verpflichteten als Bedingung sowohl dem Charakter des Schuldverhältnisses als auch dem daraus resultierenden Forderungsrechte des B G B. widerstreitet. Denn nach § 241 ist es für den Begriff des Schuldverhältnisses wesentlich, daß der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine, gegebenenfalls auch mehrere Leistungen zu fordern.

---

[1]) Bernhöft, Das Bürgerliche Recht, § 50, S. 408.
[2]) Vergl. S. 48 ff. dieser Abhandlung.
[3]) A. a. O., § 50, S. 408.

Ein solches aus dem Schuldverhältnis sich ergebendes Forderungsrecht muß der Gläubiger aber in der Lage sein, gegenüber dem widerstrebenden Schuldner mit rechtlichem Zwange zur Durchführung zu bringen. Wie kann er dies, wenn die Existenz des Forderungsrechts und damit auch des Schuldverhältnisses selbst im Belieben des Schuldners steht?

Bei dem unter der auflösenden Bedingung der Willensänderung des Verwahrers abgeschlossenen regelmäßigen Verwahrungsvertrage z. B. ist eines der für den Hinterleger sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden Forderungsrechte nach § 688 der Anspruch auf Aufbewahrung der dem Verwahrer übergebenen individuell bestimmten Geldstücke. Bei der Hinzufügung der Willensänderung des Verwahrers als auflösender Bedingung aber steht es dem Verwahrer völlig frei, ob er verwahren will oder nicht. Es besteht gar keine Pflicht für ihn, die Geldstücke aufzubewahren, wie dies nach § 688 B G B. Begriffsmerkmal des regelmäßigen Verwahrungsvertrages ist. Die Konstruktion der Worte „wenn er wolle“ als dem Verwahrungsvertrage hinzugefügte auflösende Bedingung ist danach auch für das B G B. unhaltbar und abzulehnen.

Nicht viel anders steht es mit der Auffassung der Willensänderung des Verwahrers als aufschiebender Bedingung für das Umwandlungsgeschäft. Wenn auch hierbei der Widerstreit mit dem Wesen des Schuldverhätnisses und der Forderungsrechte nicht in so krasser Weise hervortritt, wie dies oben bezüglich der auflösenden Bedingung ausgeführt ist, weil bei der aufschiebenden Bedingung die Wirkung des ganzen Rechtsgeschäfts — also das Schuldverhältnis überhaupt – und damit die Existenz der daraus hervorquellenden Forderungsrechte sich in der Schwebe befindet, so muß doch auch hier wiederum, wie dies bereits oben[4]) geschehen ist, auf den von der herrschenden Lehre mit Recht vertretenen Stand-

[4]) Vergl. S. 51 der Abhandlung.

punkt verwiesen werden, daß eine Einwilligung unter der Bedingung der Einwilligung überhaupt keine Einwilligung sei. Es kommt deshalb in einem solchen Falle überhaupt keine rechtlich wirksame Bindung zustande, wie sie sonst bei einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft vorhanden sein muß, um die vom Gesetz für den Fall des Eintritts der Bedingung daran geknüpften Folgen zu rechtfertigen, und um den Vertragsembryo über das Stadium des einseitigen, seitens des anderen Teils noch nicht zur Annahme gelangten Antrages hinauszuheben.

Beirren könnte hierbei der Kauf auf Probe, von dem das B G B. im § 495 ausdrücklich sagt, daß er im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung der Ware seitens des Käufers geschlossen sei. Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß dies singuläres Recht ist, keine auf alle Rechtsgeschäfte auszudehnende Bestimmung, und daß bei der synallagmatischen Natur des Kaufs der Käufer gleichzeitig auch bedingt Berechtigter ist, und daß deshalb seine Willkür in dem eigenen Interesse an der Erfüllung ihren Regulator findet.

In sachenrechtlicher Beziehung aber liegt in der einseitigen Erteilung der Gebrauchserlaubnis durch den Hinterleger ein Antrag auf Abschluß des dinglichen Einigungsvertrages im Sinne des § 929 [2]. Diese Einigung kommt nach § 151 durch die Annahme zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Im erörterten Tatbestande ist letzteres der Fall. Dadurch, daß der Hinterleger die Gebrauchserlaubnis erteilt, bringt er zum Ausdruck, daß der Gebrauch der Geldstücke als Annahme des Einigungsantrages angesehen werden solle.

§ 17.

Die Umwandlung in ein Darlehn.

Den Erörterungen dieses Paragraphen fällt zunächst die Aufgabe zu, zu untersuchen, ob es nach dem B G B.

möglich ist, daß, wenn der Antrag vom Hinterleger ausgeht, dadurch ein Darlehn zustande kommt oder aber ein Summenverwahrungsvertrag, mit anderen Worten, die Brauchbarkeit der Brinz'schen Rogationstheorie für das B G B. zu prüfen.

Das B G B. spricht sich in den das Darlehn behandelnden Paragraphen garnicht darüber aus, von wem der Antrag auf Abschluß eines Darlehns ausgehen müsse. Es knüpft die Rechtswirksamkeit des Darlehns lediglich an die Tatsache, daß der Schuldner Geld oder andere vertretbare Sachen „als Darlehn" empfangen hat, oder aber an die Vereinbarung, daß Geld oder andere vertretbare Sachen, die der Schuldner aus einem anderen Grunde schuldet, „als Darlehn" geschuldet werden sollen. Der vom B G B., wie schon oben hervorgehoben, als bekannt vorausgesetzte Begriff des Darlehns ist wirtschaftlicher Art[1]). Dies ist vom Reichsgericht in seiner Judikatur bereits vor dem Zustandekommen des B G B. durch die Formulierung anerkannt worden[2]): „Es kommt im wesentlichen darauf an, ob vorzugsweise und zunächst das Interesse des Einlegenden die Einlage veranlaßt hat oder aber das Interesse des Empfängers oder beider Teile." In dem ersten Falle müsse ein depositum irregulare, in dem letzteren ein Darlehn angenommen werden.

Da das B G B. also eine Direktive zu Gunsten der Brinz'schen Rogationstheorie nicht gegeben hat, so ist dieselbe aus den gleichen Gründen, wie im ersten Teil der Abhandlung[3]) für das Bürgerliche Recht abzulehnen.

Ein Darlehn kommt also bei der nach l. 10 D. 12/1 gegebenen Sachlage dann zustande, wenn das Interesse des Verwahrers an der wirtschaftlichen Wertbenutzung überwiegend ist. Das Geschäft wird in dem Augenblicke perfekt, in welchem der Verwahrer sich die Geldstücke

[1]) Vergl. S. 87 der Abhandlung.
[2]) E. R G. Ziv. Bd. I, No. 75, S. 207.
[3]) Vergl. S. 59 ff. der Abhandlung.

aneignet. Durch diese Aneignung erklärt der Verwahrer zugleich seinen Willen, den Darlehnsantrag des Hinterlegers anzunehmen. Die Aneignung erfolgt nach den im § 15 der Abhandlung dargelegten Grundsätzen[4]).

§ 18.

Der Summenverwahrungsvertrag.

Von mehreren Seiten[1]) wird bestritten, daß es nach dem B G B. einen Summenverwahrungsvertrag als besonderes Rechtsinstitut gebe. Dieses Bestreiten wird damit begründet, daß das B G B. im § 700[1] bestimmt, daß bei Vereinbarung der Summenverwahrung die Vorschriften über das Darlehn Anwendung finden.

Cosack[2]) — und mit ihm Schollmeyer — behauptet, daß der Summenverwahrungsvertrag juristisch als Darlehn anzusehen sei. Er folgert dies aus der gegenüber der Stellung des gewöhnlichen Verwahrers viel freieren Rechtsstellung des Summenverwahrers und der ungünstigen Stellung des Hinterlegers. Richtig ist, daß diesem beim Summenverwahrungsvertrage für den Fall des Konkurses des Verwahrers ein Aussonderungsrecht fehlt, selbst wenn die hinterlegten individuellen Stücke noch in der Konkursmasse vorhanden sind. Ebenso richtig ist, daß dem Verwahrer ein Nachteil, dem Hinterleger dagegen ein Vorteil daraus erwächst, daß der Verwahrer beim Summenverwahrungsvertrage von seiner Rückgewährungspflicht auch für den Fall nicht frei wird, daß die hinterlegten Stücke durch einen Zufall bei ihm verloren gehen. Keineswegs gerechtfertigt aber ist hieraus und aus dem Umstande, daß das B G B. bestimmt, daß auf einen derartigen Vertrag die Vorschriften über das Darlehn Anwendung finden, die

---

[4]) Vergl. S. 89 ff. der Abhandlung.

[1]) Vergl. Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzb., Anm. 4 zu § 700, S. 381; Cosack, Lehrb. des Deutsch. Bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 561, § 154. Schollmeyer, Recht der Schuldv. z. § 700; anders Matthiaß, Lehrb. des. Bürgerl. Rechts, Bd. I, § 126, S. 617.

[2]) A. a. O., Bd. I, § 154, S. 561.

Folgerung, daß der Summenverwahrungsvertrag nach dem B G B. als Darlehn anzusprechen sei. Cosack ist sich selbst der Schwäche seiner Argumentation insofern bewußt, als er selbst hervorhebt, daß es sich um eine besondere Art des Darlehns handele, dadurch ausgezeichnet, daß der Darlehnsempfänger gleichsam den Wert der Darlehnssache für den Darlehnsgeber verwahren, d. h. zu dessen Verfügung halten muß. Er sieht selber ein, daß es sich hier um Verwahrung, nicht um Leihe handelt[3]). Leihe und Verwahrung an sich sind keine juristischen, sondern wirtschaftliche Begriffe. Erst vermöge dieser ihrer letzteren Eigenschaft hat das Recht Folgen an sie geknüpft. Die Leihe liegt im Interesse des Entleihers, die Verwahrung in dem des Hinterlegers[4]). Dementsprechend liegt auch die Veranlassung zum Darlehn stets in dem Bedürfnis des Empfängers, die Veranlassung zum Summenverwahrungsvertrage dagegen stets in dem Bedürfnis des Hinterlegers, der Sorge für die Verwahrung überhoben zu werden, ohne doch die Verfügung über das Kapital auf längere Zeit zu verlieren[5]).

Zuzugeben ist nur, daß der Summenverwahrungsvertrag seiner juristischen Natur nach ein dem Darlehn verwandtes[6]) Rechtsgeschäft ist, und daß wegen dieser Verwandtschaft das B G B. die Bestimmung getroffen hat, wonach die Vorschriften über das Darlehn Anwendung finden. Auf keinen Fall aber sagt das Gesetz, daß der

---

[3]) Ebenso Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. II_2, § 277, S. 748, Anm. 1: „Daß das depositum irregulare kein Darlehn ist, sollte selbstverständlich erscheinen, denn Geschäftszweck ist nicht Leihe, sondern Verwahrung, das Gesetz sagt nichts, was dem entgegen wäre.“ Ebenso Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, zu § 700, Anm. 1a, S. 745.

[4]) Vergl. hierzu oben S. 29, 63 des ersten Teils dieser Abhandlung, ähnl. auch v. Buchka, Vergl. Darstellung des B G B. für das Deutsche Reich und d. Gem. Rechts, § 20, I—III, S. 140.

[5]) Vergl. Haidlen, Das B G B. zu § 700, Bd. I, S. 780/81.

[6]) von Buchka, a. a. O., § 20, I—III, S. 140; Müller u. Meikel, Das Bürgerl. Recht, S. 316, § 114.

Summenverwahrungsvertrag Darlehn sei[7]), nur dessen Regeln soll es mit den durch seine Besonderheit gebotenen, im Gesetz besonders hervorgehobenen Modifikationen unterstehen. Daß aber das B G B. den Summenverwahrungsvertrag als besonderes Rechtsinstitut anerkannt wissen will, ergibt sich noch deutlicher aus der Entwicklung, vermöge deren § 700 zu seiner endgültigen Fassung gelangt ist. Der Entwurf wollte einen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag nicht anerkennen[8]). Die Motive[9]) sagen, wenn vertretbare Sachen mit der Maßgabe hinterlegt wurden, daß nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren seien, so sei dies nach der Intention der Parteien ein Darlehnsvertrag. Der Unterschied zwischen der Fassung des ersten Entwurfs und der endgültigen Redaktion ist evident, und klar und deutlich ist auch der Kampf der beiden Prinzipien „hie Darlehn, hie Verwahrungsvertrag!", aus dem das letztere entscheidend als Sieger hervorging, denn im Gesetz ist die Fassung ausdrücklich dahin geändert: „Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt . . ." Durch das Wort „hinterlegt" kennzeichnet das Gesetz den Vertrag ganz unzweifelhaft als Verwahrungsvertrag, da es für die Festlegung seines Tatbestandes sich mit ganz be-

---

[7]) Ebenso Neumann, Handausgabe des B G B. S. 439 zu § 700; Oertmann, a. a. O., ähnlich auch Crome a. a. O., Bd. II_2, § 277, S. 750, Prot. Bd. II, S. 397. Eck, Vorträge, Bd. I, § 90, S. 540.

[8]) § 618 des Entwurfs I lautete: „Ist bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen vereinbart, daß nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren seien, so ist der Vertrag als ein Darlehnsvertrag anzusehen. Hat der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten vertretbaren Sachen zu verbrauchen, wenn der Verwahrer wolle, so geht der Vertrag in einen Darlehnsvertrag mit dem Zeitpunkt über, in welchem der Verwahrer von der Gestattung Gebrauch macht.

In beiden Fällen ist im Zweifel für den Darlehnsvertrag als vereinbart anzunehmen, daß in Ansehung der Zeit und des Ortes der Zurückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vorschriften anwendbar sein sollen."

[9]) Motive, Bd. II, S. 577 zu § 618.

sonderer Absicht des nämlichen Zeitwortes bedient, von dem es die Bezeichnung der einen Vertragspartei des Verwahrungsvertrages, um deren Tätigkeit zu kennzeichnen, hergeleitet hat, und das es auch in den für den Verwahrungsvertrag geltenden Vorschriften stets für „in Verwahrung geben" anwendet.

In weiterer Anerkennung der besonderen Natur des Summenverwahrungsvertrages hat das B G B. im § 700[1] Satz 3 festgesetzt, daß Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel sich nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag bestimmen. Im Gegensatz zum Darlehn kann also nach § 695 der Hinterleger, falls die Parteien nicht ausdrücklich Anderes vereinbart haben, die sofortige Rückgabe verlangen und braucht nicht erst, wie nach § 609, unter Innehaltung einer gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Ebenso muß sich nach § 697 der Hinterleger einer Summe das Geld vom Verwahrer holen. Auch diese Gesetzesvorschrift ist keine zwingende Rechtsnorm, sondern es kann durch Parteivereinbarung in dieser Hinsicht Anderes bestimmt werden. Dies beruht aber lediglich, ebenso wie die Vereinbarung vom Verwahrer zu entrichtender Zinsen auf dem das B G B. beherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit[10]) und beeinträchtigt in keiner Weise, wie Cosack dies zu deduzieren versucht, das Wesen des Summenverwahrungsvertrages als eines vom Gesetz durch besondere Regelung sanktionierten Rechtsinstitutes, für dessen juristische Abgrenzung gegenüber dem Darlehn ausschließlich Momente wirtschaftlicher Art entscheidend sind.

Zuzugeben ist, daß in dem Falle, in welchem die Parteien eine Kündigungsfrist vereinbaren, oder wenn sie übereinkommen, daß das Geld an den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Gläubigers zur Zeit der Erfüllung übermittelt werden soll, die Unterscheidung zu einer bloß begrifflichen herabsinkt. Charakteristisch aber

[10]) Denn es steht z. B. andererseits aus dem nämlichen Grunde der Vereinbarung nichts entgegen, daß der Hinterleger eine Provision an den Verwahrer zu zahlen habe.

bleibt, daß eben die ausdrückliche Vereinbarung erforderlich ist. Nur in diesem Sinne ist es verständlich, wenn Neumann[11]) sagt, daß für das B G B. die Frage, ob im gegebenen Falle die Kreditierung oder der Hinterlegungszweck überwiegt, ihre Bedeutung völlig eingebüßt habe, da das B G B. das frühere depositum irregulare gänzlich umgestaltet hat, und jeder der zwischen dem alten mutuum und depositum so schwer zu plazierenden Fälle bequem in den Rahmen des neuen unregelmäßigen Verwahrungsvertrages paßt.

§ 19.

Die Umwandlung in einen Summenverwahrungsvertrag.

Cosack[1]) behauptet, ein Mittelding zwischen dem eigentlichen Verwahrungsvertrage und dem Summenverwahrungsvertrage liege vor, wenn der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen. Inwiefern aber hier ein solches Mittelding vorliegen solle, ist nicht recht ersichtlich. Diese These Cosacks ist um so mehr geeignet, Verwunderung zu erregen, als gerade er dem Summenverwahrungsvertrag mit solcher Energie die Dahrlehnsnatur vindiziert. Es handelt sich hier, nachdem im vorigen Paragraphen die Sonderexistenz des Summenverwahrungsvertrages nachgewiesen ist, vielmehr um die Umwandlung eines regelmäßigen Verwahrungsvertrages in einen Summenverwahrungsvertrag, zu welcher der in der von vornherein einseitig erteilten Gebrauchserlaubnis enthaltene Antrag vom Hinterleger ausgeht. Nach dem BGB. § 700[1] Satz 2 finden die Vorschriften über das Darlehn auf diesen Verwahrungsvertrag — d. h. mit anderen Worten, es kommt der Summenverwahrungsvertrag zustande — von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sache aneignet. In diesem Augen-

[11]) A. a. O., S. 439 zu § 700, 2. Aufl. 1900.

[1]) A. a. O., Bd. I, § 154, S. 561.

blicke also verwandelt sich die Speziesschuld in eine Gattungsschuld.[2])

Die Aneignung ist Hinnahme zum Eigenbesitz. Da der Verwahrer als solcher gemäß § 868 bereits den unmittelbaren Besitz hat, so tritt die Verwandlung desselben in Eigenbesitz, wie bereits oben für den Tatbestand der l. 9 § 9 hervorgehoben[3]), durch rein subjektive Willensänderung ein. Diese aber kann auch aus äußeren Umständen geschlossen werden.[4]) Die Aneignung erfolgt deshalb entweder durch Verbrauch der Sache, indem der Verwahrer die in der Gestattung des Gebrauchs liegende Traditionsofferte gemäß § 151 stillschweigend annimmt, oder auch durch Vermischung mit den Geldern des Verwahrers[5]) oder aber auch durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Hinterleger, da nach § 929[2] die Einigung über den Übergang des Eigentumes unter diesen Umständen genügt. Auf jeden Fall also ist eine Anzeige der Aneignung an den Gläubiger behufs Eintritts des Eigentumsüberganges und der Geschäftsumwandlung nicht erforderlich, was jedoch ausdrückliche vertragsmäßige Verpflichtung dazu nicht ausschließt.

Wie Oertmann[6]) hervorhebt, kann es zweifelhaft erscheinen, ob der Hinterleger die in dem Umwandlungsantrage enthaltene Aneignungserlaubnis bis zum Eigentumsübergange und demgemäß bis zur Geschäftsumwandlung mit dinglicher Wirkung widerrufen könne. Es ist Oertmann durchaus zuzustimmen, daß diese Frage in analoger Anwendung des § 956[1] Satz 2 zu verneinen ist, wenn

---

[2]) Ebenso Landsberg, Das Recht des BGB., 2. Buch, § 141, S. 493 unten; Fischer-Henle, a. a. O., Anm. 6 zu § 700; Cosack, a. a. O., Bd. I, § 154, S. 562.

[3]) Vergl. S. 90 der Abhandlung.

[4]) Ebenso Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., I. Buch, 5. Abschnitt § 5, S. 341 u. III. Buch, 2. Abschn. § 9, S. 460.

[5]) So auch Neumann, a. a. O., zu § 700, S. 439; Haidlen a. a. O., zu § 700, S. 780/81; Prot. Bd. II, S. 397.

[6]) A. A. a. O. zu § 700, Anm. 2, S. 746.

der Hinterleger sich zur Belassung verpflichtet hat. Im Allgemeinen ist sie jedoch nach Maßgabe des § 695 zu bejahen.[7])

§ 20.

Verhältnis des früheren zum neubegründeten Schuldverhältnisse.

Nach den bisherigen Ausführungen verbleibt die Betrachtung der Stellung des neuen Schuldverhältnisses zu dem ursprünglichen.

An erster Stelle ist deshalb zu erörtern, wie die Aufhebung des ursprünglich vorhandenen regelmäßigen Verwahrungsvertrages in ein Darlehn auf Grund des § 607[2] aufzufassen ist. Hieran schließt sich die Beurteilung des Verhältnisses des in Gemäßheit des § 700[1] Satz 2 neubegründeten Summenverwahrungsvertrages zu dem vorerst gegebenen regelmäßigen Verwahrungsvertrage.

Die Literatur über das BGB. statuiert durchweg die Möglichkeit der Begründung eines materiellen Darlehns auf Grund des § 607[2]. Ueber die Natur einer solchen Vereinbarung aber gehen die Ansichten ebenso wie für das römische und das gemeine Recht weit auseinander. Im allgemeinen haben alle im ersten Teil der Abhandlung erörterten Meinungen auch für das BGB. Vertreter gefunden.

Selbst die Novation, obwohl sie für das BGB. nicht mehr selbständiges Rechtsinstitut ist[1]), wird aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit heraus für zulässig[2]) und möglich erklärt. Schmitz[3]) leitet die Möglichkeit der Novation auch für das heutige Recht daraus her, daß er den Grund, weshalb die Form der Stipulation für die Novation des römischen Rechts vorgeschrieben war, auf den Umstand zurückführt, daß die Stipulation überhaupt die regelmäßige Form des obligatorischen Vertrages war. „Heute ist das

---

[7]) So auch Goldmann-Lilienthal, S. 719 u. entgegen seiner ersten Auflage nunmehr auch Oertmann, a. a. O.

[1]) Fischer-Henle, Vorbemerkung zu § 362, S. 195.

[2]) Neumann, Handausgabe des BGB., Anm. zu § 364, S. 280.

[3]) A. a. O., § 5, S. 27.

nudum pactum die regelmäßige Form des obligatorischen Vertrages, und es steht nichts im Wege, die Novation auch durch formlosen Vertrag anzuerkennen.“ Schmitz[4]) folgert hieraus, daß die Novation auch nach dem BGB. keineswegs ausgeschlossen sei. Es wird zugegeben, daß die Novation als Umwandlung im allgemeinen, wenn die Parteiabsicht darauf gerichtet ist, weil das BGB. keine positive Bestimmung[5]) darüber trifft, zulässig ist.[6]) Für die Beurteilung der Vereinbarung nach § 607[2] aber ist sie aus den im ersten Teil der Abhandlung angeführten Gründen nicht geeignet.[7])

---

[4]) A. a. O., § 5. S. 27.

[5]) Der Erfüllungsvertrag des § 364 ist keine Novation. Es soll hier an Stelle der schwebenden Verpflichtung der feste Gegenstand treten, was nicht der Fall ist, wenn die Erfüllung sich in eine neue Leistungspflicht hineinwälzt. Vergl. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 70 S. 191. Vertragsmäßige Abänderungen des Schuldverhältnisses irgend welcher Art sind deshalb nicht als Neubegründung zu betrachten. Es erscheint aber, weil es im § 364, Abs. 2. ausdrücklich heißt, daß im Zweifel nicht anzunehmen sei, daß der Schuldner die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt, die Abrede zulässig, daß an Stelle einer bestehenden Forderung eine neu zu begründende andere treten soll. So Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 220, Anm. 2 zu § 364. Dagegen sind Engelmann, Bürgerliches Recht, § 86, S. 243 u. § 94, S. 265; Endemann, Bürgerliches Recht, Bd. I$_2$, § 143, S. 807 u. § 184, S. 1157, Anm. 10.

[6]) Wenn das BGB. die Novation auch nicht als besonderes Rechtsinstitut kennt, so berührt es doch verschiedene Anwendungsfälle der Novation z. B. §§ 364 Abs. 2, 414, 779 und 782. Vergl. E. RG. vom 11. 5. 03., Jur. Wochenschrift 1903, Beilage S. 96, Nr. 219, E. RG. v. 17. 12. 1891, Gruchots Beitr. Bd. 36, S. 685 ff.

[7]) Ebenso Schmitz, a. a. O., § 5, S. 28; Fischer-Henle, S. 329, Anm. 7 zu § 607|2: „Die Vereinbarung, daß das Geld als Darlehn geschuldet werden solle, ist keine Novation. Pfandrechte und Bürgschaft erlöschen nicht.“ Anderer Absicht ist allerdings Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 120, S. 304. Er sagt: „Allerdings aber kann auch beabsichtigt sein, an die Stelle der alten Schuld eine Darlehnsschuld zu setzen, also eine Novation eintreten zu lassen.“ Dernburg ist sich aber darüber selbst nicht einig. Vergl. nämlich dem gegenüber die in seinen Pandekten Bd. II, § 59, S 165, Anm. 2 u. Preuß. Privatrecht, § 63, S. 148, Note 7 niedergelegte

Die Beurteilung der Umwandlung in der Art, daß sie durch Kompensation erfolge, scheitert an dem Mangel der Gleichartigkeit[8]) der Leistungen, denn der Leistungsgegenstand ist beim regulären Verwahrungsvertrag eine Spezies, beim Darlehn dagegen eine Gattungssache. Anders wäre es, wenn es sich um die Umwandlung eines Summenverwahrungsvertrages in ein Darlehn handelte.

Richtig ist, wie Kuhlenbeck[9]) behauptet, daß auch über das Erlöschen durch Aufhebungsvertrag das B G B. keine Bestimmung gibt. Die Zulässigkeit eines solchen Vertrages an sich auf Grund der Parteiabsicht ist anzuerkennen. Ein solcher Vertrag wird aber der nachgewiesenen Natur des Darlehns als Realvertrag nicht gerecht.

Auch die von Fischer-Henle[10]) und Schollmeyer[11]) für zulässig erklärte Fingierung der Solution und Numeration ist aus den im ersten Teil der Abhandlung[12]) dargelegten Gründen abzulehnen.

Die richtige Meinung, wie sie oben[13]) dargetan ist, wird von Kohler (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 182) vertreten. Die Umwandlung erfolgt in der Art, daß der Schuldner kraft Anweisung des Gläubigers an sich selbst leistet und das Geleistete als Darlehn behält. Es handelt sich hierbei um eine allgemeine Anweisung, nicht um die vom B G B. in den §§ 783 ff. besonders geregelte verbriefte Anweisung. Bei einer solchen mündlichen Anweisung ist auf Grund der allgemeinen Grundsätze festzustellen, ob ihr eine Rechtswirkung zu-

---

Ansicht; Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 67, S. 183, sagt bezüglich der Novation, daß sie ein unverstandener Erfüllungsvertrag war, dem man mitunter ein Anweisungsverhältnis oder eine mißverstandene Schuldübernahme und dgl. zugesellte; „sie war ein juristischer Wechselbalg."

[8]) § 387, B G B.

[9]) Kuhlenbeck, B G B., S. 250, Vorbemerkung zum 3. Abschnitt.

[10]) Fischer-Henle B G B. zu § 607/2.

[11]) Schollmeyer, Bürgerliches Recht, Anm. zu § 607/2.

[12]) Vergl. S. 71 der Abhandlung.

[13]) Vergl. S. 72 ff. der Abhandlung.

zusprechen ist[14]), wenn auch, soweit dies angängig ist, die §§ 783 ff. sinngemäß Anwendung zu finden haben[15]). Durch die zwischen dem Hinterleger und dem Verwahrer vereinbarte Gleichstellung der Leistung des Verwahrers an sich selbst mit der Rückleistung der zur Aufbewahrung übergebenen 10 Geldstücke an den Hinterleger, wird von dem Verwahrer, wenn er die Darlehnsvaluta an sich selbst zahlt, mit voller Leistungswirkung geleistet[16]). Von einer reinen Anweisung unterscheidet sich das erörterte Geschäft durch die vertragsmäßige Ausmachung, daß Verwahrer an sich selbst leisten soll. Es besteht also eine Pflicht des Verwahrers, während durch die reine Anweisung vom Angewiesenen keine Pflicht zur Leistung übernommen, wohl aber eine Befugnis dazu erworben wird. Es handelt sich hier also richtiger um einen Leistungsauftrag, der in dieser Hinsicht von der reinen Anweisung zu unterscheiden ist.

Die Beurteilung des Verhältnisses des in Gemäßheit des § 700[1] Satz 2 neu begründeten Summenverwahrungsvertrages zu dem vorerst gegebenen regelmäßigen Verwahrungsvertrage erleidet dagegen gegenüber der im ersten Teil[17]) für das römische und gemeine Recht gegebenen Darstellung durch den Umstand eine Abänderung, daß der Summenverwahrungsvertrag des B G B. vermöge seines Grundcharakters als Verwahrungsvertrag[18]) wie der regelmäßige Verwahrungsvertrag Konsensualvertrag ist. Da nach dem B G B., wie oben hervorgehoben, das Erlöschen durch Aufhebungsvertrag möglich ist, so hätte infolge dieser rein konsensualen Natur die Konstruktion des Verhältnisses als Vertrag, der auf die Aufhebung des alten Schuldverhältnisses, nämlich aus dem regelmäßigen Verwahrungsvertrage, und auf Begründung des neuen, aus

---

[14]) So auch Fischer-Henle, BGB., Note 1 zu § 783, S. 434.
[15]) Kohler, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 23, S. 61.
[16]) Ebenso Kohler, a. a. O., § 23, S. 62.
[17]) Vergl. S. 73 der Abhandlung.
[18]) Vergl. S. 97 der Abhandlung.

dem Summenverwahrungsvertrage, gerichtet ist, durchaus Berechtigung. Besser wird den tatsächlichen Verhältnissen sicherlich aber auch hier durch die Konstruktion mit Hilfe des Leistungsauftrages genügt, weil eben, solange die Hingabe der Summe zur Verwahrung nicht erfolgt ist, die Aufbewahrungspflicht des Verwahrers durch die aufschiebende Bedingung der Hingabe sich in der Schwebe befindet.